

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO

NATHÁLIA DE PAULA DINIZ

RIO DE JANEIRO

2008

NATHÁLIA DE PAULA DINIZ

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Mestre (UERJ) e Doutora em Direito Penal (USP)

RIO DE JANEIRO

2008

Diniz, Nathália de Paula.
A (In)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado /
Nathália de Paula Diniz – 2008.
65 f.

Orientador: Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de
Direito.
Bibliografia: f. 60-65.

1. Pena Disciplinar- Monografias. 2. Regime Disciplinar
Diferenciado. I. Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. II.
Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5457

NATHÁLIA DE PAULA DINIZ

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Prof. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues – Presidente da Banca Examinadora Mestre
(UERJ) e Doutora em Direito Penal (USP) – UFRJ - Orientadora

Ao meu avô Ivan, que do céu ilumina o meu
caminho me guiando sempre na direção certa.

Gostaria de agradecer especialmente à minha orientadora, Professora Luciana Boiteux, pela dedicação devotada durante tantos meses de trabalho e pelos milhares de conselhos, críticas e esclarecimentos sempre precisos e pertinentes.

A meus pais, meus grandes exemplos, que mesmo de longe me guiaram com seu amor por essa longa e maravilhosa caminhada. Às minhas irmãs e minha avó pelo apoio incondicional. Aos meus amigos pela paciência com que ouviram horas e horas de divagações sobre direito e execução penal.

"Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana".

(Pierre Sané, "Prisões e Violação de Direitos Humanos", Folha de S.Paulo, 25 de junho de 1999, caderno 1, p. 3)

RESUMO

DINIZ, Nathália de Paula. *A (In)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado*, 2008. 65f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes sobre a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. Para melhor compreensão do tema, trataremos da evolução histórica do instituto prisional e das teorias fundamentadoras de sua implementação como pena por excelência. Após, esboçaremos a transposição destes ideais para a realidade brasileira através das modificações legislativas, com ênfase na Lei de Execuções Penais. Por fim, nos dedicaremos à análise específica do regime disciplinar diferenciado, (i) sua natureza e hipóteses de incidência, (ii) o contexto histórico em que está inserido, (iii) sua identificação com a teoria funcionalista-sistêmica do Direito Penal do Inimigo, (iv) desenvolvimento e fatores que influenciaram sua adoção e (v) sua compatibilidade com a Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Prisão; Execução Penal; Regime Disciplinar Diferenciado.

ABSTRACT

DINIZ, Nathália de Paula. *A (In)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado*, 2008. 65f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the relevant issues on the unconstitutionality of the special disciplinary system. For better understanding of the subject, treat the historical evolution of the office of the prison and grounded theory in its implementation as punishment for excellence. Next, design the implementation of these ideals into reality through the Brazilian legal changes, with emphasis on the Law of Criminal Executions. Finally, we dedicated to specific analysis of the special disciplinary system, (i) its nature and likelihood of impact, (ii) the historical context in which it is inserted, (iii) their identification with the functionalist-systemic's theory criminal law of the enemy , (Iv) development and factors that influenced their adoption and (v) its compatibility with the Constitution of 1988 and legal homeland.

Keywords: Prison; Criminal Enforcement; Special Disciplinary System.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

LEP - Lei de Execuções Penais

CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira

JECRIM - Juizado Especial Criminal

MP - Medida Provisória

RDD - Regime Disciplinar Diferenciado

SAP - Secretaria de Administração Penitenciária

PCC - Primeiro Comando da Capital

RDES - Regime Disciplinar Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS: DOS CASTIGOS FÍSICOS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE	13
1.1 A Escola Clássica: O Humanismo de Cesare Beccaria e o Utilitarismo do Panóptico de Bentham	13
1.2 A Escola Positivista	17
1.2.1 O “Triunvirato Italiano”: Lombroso, Ferri e Garófalo	18
1.3 A Reação “Humanista”: Marc Ancel, Filippo Gramatica e a Nova Defesa Social	22
2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL	24
2.1 O Código Penal de 1940	25
2.2 A Legislação Penal Após 1940	26
2.2.1 A Reforma Penal de 1984	28
2.3 A Lei de Execuções Penais – Lei nº. 7.210/84	30
2.3.1 Os Fundamentos Ideológicos	32
2.3.2 O Sistema Disciplinar da LEP	33
a) Os Laudos e Pareceres Criminológicos	35
b) O Regime Meritocrático de Punições e Recompensas	37
3 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	39
3.1 Noções Preliminares	39
3.2 O Sistema Prisional e a Legislação Penal Antes do RDD	40
3.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo	45
3.4 O Desenvolvimento do RDD no Brasil	47
3.5 Antecedentes e Fatores que Influenciaram a Implementação do RDD	48
3.6 A (In)constitucionalidade do RDD	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal a análise do atualíssimo Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) instituído a nível federal pela Lei 10.792/03, abordando os motivos que influenciaram a adoção desta política repressiva, seu desenvolvimento no Brasil e a avaliação de sua compatibilidade, ou não, com a Constituição da República.

Há um estado de medo e insegurança permanente na sociedade brasileira: problemas na área de segurança pública com aumento alarmante nos níveis de violência e criminalidade fartamente divulgados pela mídia. A percepção de se viver numa sociedade cada vez mais insegura somada à eterna incompetência estatal em resolver tais problemas acaba resultando em políticas penais mais duras que, através de discursos simplistas e milagrosos, prometem devolver a paz e a ordem à sociedade. Para tanto, passam a utilizar-se do direito penal como mero instrumento político, e não mais como *ultima ratio*, restringindo garantias e direitos fundamentais. É neste contexto que está inserido o regime disciplinar diferenciado. Ele nasce como uma resposta estatal ao problema da criminalidade - uma vez que, mesmo presos, os líderes de facções continuam a coordenar ações criminosas nas ruas – restringindo ainda mais os direitos dos presos como forma de esconder sua inépcia ao lidar com a questão carcerária.

Esta análise será feita tomando como base a evolução da pena de prisão, partindo dos castigos corporais à privação de liberdade, ou seja, aceitando que, no caso do direito penal – e da pena de prisão – evolução é sinônimo de abrandamento progressivo. Porém, não nos furtamos ao dever de assinalar que esta evolução, longe de ser uniforme, apresenta movimento nitidamente pendular, onde diminuições da intervenção penal não ocorrem sem que haja retrocessos no sentido de modelos repressivos e menos garantistas.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica por meio da leitura de doutrina, artigos publicados em periódicos e sites na área da criminologia, direito penal e direito da execução penal.

O marco teórico do presente estudo está baseado na criminologia crítica, sendo utilizados principalmente os autores Michel Foucault, Raul Zaffaroni, Nilo Batista e Salo de Carvalho.

Para tanto, no primeiro capítulo traçaremos uma regressão histórica do instituto prisional com o exame das teorias fundamentadoras de sua implementação como pena por excelência, a suavização do aparato penal através da passagem dos suplícios físicos à pena privativa de liberdade, a mudança no paradigma punitivo ensejada por esta durante o século

XVIII com a assunção de caráter francamente disciplinador e a apostas na reestruturação carcerária para viabilizar esta disciplina, como o Panóptico de Jeremy Bentham.

Dando continuidade ao trabalho, veremos que o modelo proposto por Bentham acaba por permitir o desenvolvimento de teorias positivistas que modificaram o foco do estudo das causas do crime e da pena para o delinqüente, partindo a uma análise comportamental do mesmo e de uma concepção da pena como tratamento.

Para finalizar o estudo teórico, traremos noções sobre o Movimento da Nova Defesa Social de Marc Ancel, que serviram de base ideológica à elaboração da Lei nº. 7.210/84, que regulamenta a execução penal no Brasil.

No segundo capítulo, esboçaremos como esses ideais foram traduzidos para a realidade brasileira e a paulatina modificação legislativa ocorrida em nosso país desde a época de colônia até a reforma penal de 1984, onde o panorama do sistema penal brasileiro foi radicalmente alterado a partir da edição das Leis nº. 7.209/84 e 7.210/84, que introduziram, respectivamente, uma nova parte geral no Código Penal e a Lei de Execuções Penais.

Então, abordaremos as modificações instituídas pela LEP, iniciando a partir do enfoque de seus fundamentos ideológicos e de sua função prima de proteger e garantir os direitos do homem preso frente à ampla margem discricionária da atividade executória estatal, ensejadora de ilegalidades e arbítrios.

Daí passaremos a vislumbrar a forma como conceitos abertos como disciplina e ordem trabalham a favor do sistema da Lei de Execução Penal, possibilitando, através do regime meritocrático de punições e recompensas e da adoção de laudos e pareceres criminológico para a obtenção de benefícios, que se padronizasse o comportamento do indivíduo encarcerado de modo a permitir sua neutralização.

Assim, no terceiro e último capítulo de nosso trabalho adentramos a análise do regime disciplinar diferenciado. Primeiramente, partiremos da conceituação do regime disciplinar diferenciado, esclarecendo as hipóteses geradoras de inclusão no regime e a divergência a respeito de sua natureza jurídica. Feitas essas primeiras considerações, esmiuçaremos o contexto histórico no qual o RDD está incluído e que foi decisivo para sua adoção, como resultado de uma verdadeira “legislação penal do terror”¹. Posteriormente, será evidenciado que o regime disciplinar diferenciado, por estar imbuído de conceitos anti-garantistas e reforçar de sobremaneira a lógica defensivista configura-se como manifestação da polêmica e controversa teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

¹

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, nº. 57, nov. - dez. 2005, p. 354.

Logo após, abordaremos de forma sucinta o desenvolvimento do regime disciplinar diferenciado no Brasil bem como os antecedentes e fatores que influenciaram sua adoção, a partir da lógica proposta por Christiane Russomano Freire.

Ao final, trataremos da questão da constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado tanto do ponto de vista formal quanto do material, utilizando como parâmetro não só os direitos expressos na Constituição da República, mas também aqueles assegurados por tratados internacionais.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA: DOS CASTIGOS FÍSICOS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

1.1. A Escola Clássica: O Humanismo de Cesare Beccaria e o Utilitarismo do Panóptico de Bentham

A prisão sempre foi utilizada na história do homem. Porém, inicialmente, era usada como meio meramente processual e cautelar, servindo como depósito de réus até o julgamento e também para evitar a ocorrência de fugas. Aplicava-se somente no curso da instrução criminal, à margem do próprio sistema de punição². Somente a partir do século XVIII é que a prisão passa ser uma forma de sanção penal.

Antes de a prisão ser tida como método penal, o sistema de punição era irracional e excessivamente cruel: as penas variavam de exílio ou banimento, exposição, destruição de lares, galés e tortura, até ferimento, amputação de membros, marcação do corpo e suplício. Assim, “reinavam as forças da vindita, uma espécie de Talião agravado, pela mão da justiça do Príncipe, e o suplício tinha uma função jurídico-política, com o componente de uma ‘aterrorizante’ cerimônia punitiva”³. Esta cerimônia tinha um caráter evidentemente público, sendo chamada por Foucault de “grande espetáculo da punição física”⁴, segundo o qual se buscava, além de punir o crime, também desencorajar o cometimento de novos crimes, lembrando a todos o que ocorria a quem desafiava a vontade do soberano, que era tratada como lei e respeitada como tal.

Fica claro que a punição era dirigida ao corpo, logo, toda e qualquer atrocidade cometida fazia parte da pena imputada ao indivíduo. As condições desumanas dos cárceres bem como o tratamento oferecido ao condenado funcionavam como início do suplício e assim continuaram, de modo geral, até o final do século XVIII.

Então, a partir desse período, tem-se uma “suavização” do aparato penal, uma vez que a prisão passa a ser institucionalizada como uma alternativa aos castigos corporais, sem a antiga publicidade dos suplícios, funcionando precipuamente como um aparelho técnico-disciplinar de coação do condenado.

²

FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970/1982)*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p.28 *apud* RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panóptico revertido: A História da Prisão e a Visão do Preso no Brasil*. 2000. 213 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

³ LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramática*. Disponível em: < <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/homenagem/arquivo6.pdf> >. Acesso em 08 de abril de 2008.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 16.

Como grande expoente do movimento de humanização da pena, temos o italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que passaria para a história como um pioneiro da defesa dos direitos humanos⁵. Em seu livro *Dos Delitos e das Penas* (1764)⁶, Beccaria, imbuído dos ideais iluministas, se insurge contra a tortura, a infâmia, a pena de morte – que, segundo ele, não se apóia em nenhum direito⁷-, a tirania dos suplícios, além da desproporcionalidade entre delitos e penas. Em suma, contra todo o modelo repressivo-penal absolutista.

Sua doutrina penal emprega noções utilitaristas para justificar a imposição da sanção penal, privilegiando sua função preventiva. Assim, entende que o fim da pena não é torturar e afligir com castigos o ser humano, nem desfazer um crime já cometido e sim impedir que os indivíduos cometam novos delitos⁸. Na prática, deve ser escolhido o método punitivo que melhor sirva à criação de uma sociedade mais justa, sem visar à vingança. Logo, depreende-se de seus ensinamentos que a prisão, por seu caráter duradouro, figuraria como uma boa alternativa aos castigos físicos posto que sensibiliza mais a sociedade, ao mesmo tempo que busca impor o menor rigor possível ao corpo do réu⁹.

Dentre outras noções importantes, Beccaria expõe também princípios basilares hoje fortemente enraizados em nosso ordenamento jurídico como a presunção de inocência – “um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare”¹⁰ -, a limitação do poder de punir do Estado – “todo exercício do poder que deste fundamento (direito de punir) se afaste constitui abuso e não justiça”¹¹-, a legalidade – “apenas as leis podem indicar as penas de cada delito”¹² -, além da festejada proporcionalidade entre delitos e penas – “deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos”¹³.

Dentro desse contexto reformador, diversas transformações ocorreram no sistema punitivo europeu do século XVIII. Paulatinamente, a prisão ocupou o lugar deixado pelos suplícios e se consolidou como pena. Porém, na opinião qualificada de Michel Foucault¹⁴, tais modificações não ocorreram devido à colocação em prática dos ideais humanistas, mas sim pela própria evolução da sociedade. Na sua concepção, trata-se de uma forma de controle

⁵

LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria...*, op. cit.

⁶ Idem.

⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hemus, 1983. p. 45.

⁸ Idem, p. 42.

⁹ Ibidem, p. 46-47.

¹⁰ Ib., p. 31.

¹¹ Ib., p. 15.

¹² Ib.

¹³ Ib., p. 61.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 66.

social, de uma adaptação à nova realidade da época e aos ideais burgueses bem como ao novo tipo de criminalidade que surgia devido ao aumento da riqueza, a maior valorização da propriedade e ao desenvolvimento da produção.

Dessa forma, a institucionalização da prisão serve muito bem aos novos ideais capitalistas, pois, uma vez ocorrida a violação do contrato (pacto social), é necessário haver sua respectiva reparação; como a massa marginalizada não possuía bens de valor, expropriava-se a única coisa que eles podiam oferecer: sua liberdade, que por ser tão valorizada à época, acaba por fundamentar o caráter preventivo da pena de prisão¹⁵.

Assim, tem-se a passagem do alvo da punição do corpo (nos suplícios) para a alma¹⁶, “do mero castigo à ‘correção’¹⁷, isto é, visando não excluir para sempre o criminoso e sim, discipliná-lo e trazê-lo novamente ao seio da sociedade. Para uma burguesia que precisa se manter no poder, a prisão funciona como um eficiente meio de controle social da população rural que chegava às cidades, faminta e desempregada.

É imperioso ressaltar que, além dessa vantagem, a pena privativa de liberdade apresentava ainda fácil quantificação, podendo ser medida de forma linear tal quais as mercadorias e moedas da época¹⁸.

Dessa forma, os ideais humanistas e utilitaristas de Beccaria foram úteis à manutenção da burguesia no poder, no tocante à mudança de paradigma do sistema punitivo da época. “No lugar de corpos marcados, recortados, queimados e aniquilados pelos suplícios, tomaram posição os corpos dos prisioneiros, individualizados e alterados pelo aparelho disciplinar de punir”¹⁹. Assim, nesse momento a prisão se torna a pena por excelência, passando praticamente a apenar todos os crimes.

E daí surge a necessidade de reestruturação dos cárceres para a implementação da disciplinariedade exigida nesse momento na Europa. Porém, o inglês Jeremy Bentham parte para uma abordagem diferenciada, e acabou sendo “o primeiro autor consciente da importância da arquitetura penitenciária”²⁰, assim, em seus estudos, concebe um modelo arquitetural revolucionário, o Panóptico, que permite executar os conceitos disciplinaristas em voga no início do século XIX.

¹⁵

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 251-252.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, *op. cit.* p. 264.

¹⁸ Idem, p. 252.

¹⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, *op. cit.*, p.23.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

O Panóptico tal qual foi concebido por Bentham consistia em uma construção em formato de anel, com celas na periferia e uma torre de vigilância ao centro, onde ficariam os inspetores. As celas possuíam duas janelas, uma voltada para o exterior e outra para o interior, sendo esta correspondente às janelas existentes na torre. Esse mecanismo permitia que a luz atravessasse a cela de lado a lado proporcionando uma visão total aos inspetores. Nas palavras de Foucault:

o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha²¹.

O principal efeito do Panóptico era induzir no indivíduo preso um estado consciente e permanente de visibilidade, levando-o a tomar ciência da limitação de seu poder em face do poder controlador, culminando no funcionamento automático da máquina disciplinar sobre si. Desse modo, “o detento não deve saber se está sendo observado; mas deve ter a certeza de que sempre pode sê-lo”²².

O próprio nome “Panóptico” corrobora seu fim de vigilância total já que expressa “em uma só palavra a sua utilidade essencial, que é a faculdade de ver com um olhar tudo o que nele se faz”²³.

O projeto Panóptico de Bentham traduz a vertente exacerbada de seu utilitarismo por preocupar-se com a criação de um modelo ao mesmo tempo totalmente vigilante, controlador, seguro, individualizador e disciplinador.

Além disso, o panoptismo desfaz a necessidade de combater violência física com outra, passando a combatê-la com mecanismos de ordem psicológica, permitindo ainda uma economia de recursos visto que a presença ou ausência do vigia não importava à manutenção do sistema. O Panóptico proporciona uma redução do número de exercentes do poder ao mesmo tempo em que multiplica o número daqueles sobre o qual o poder é exercido²⁴.

A ideologia panóptica foi concebida por Bentham tinha aplicabilidade não só nas prisões como em diversos outros locais como hospitais, escolas e fábricas, apesar de ter encontrado na prisão seu local privilegiado de realização²⁵.

²¹

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 166.

²² Ibidem, p. 167.

²³ BENTHAM, Jeremy. *El panóptico – el ojo del poder*. Espanha: La Piqueta, 1979, p. 36, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 55.

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 170.

²⁵

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 209.

É importante ressaltar que inserido no modelo Panóptico concebido por Bentham estava também a idéia de um melhor cumprimento do propósito exemplificante da pena, pois para ele o fim mais importante da pena era o de prevenir novos delitos sem, contudo, negar o caráter correccional e reabilitador da mesma²⁶.

Apesar do Panóptico idealizado por Bentham não ter sido totalmente implementado, é inquestionável a importância de suas contribuições para o desenvolvimento do sistema penitenciário e das sociedades disciplinares do século XIX²⁷. Sendo imperioso destacar que também possibilitou o desenvolvimento das teorias positivistas, focadas no estudo das causas da criminalidade a partir da análise do delinqüente, uma vez que “o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retrainar os indivíduos”²⁸.

A seguir, passaremos ao estudo do desenvolvimento da criminologia ocorrido após a institucionalização do modelo Panóptico proposto por Bentham.

1.2. A ESCOLA POSITIVISTA

A Escola Positivista surgiu no fim do século XIX como um movimento de cunho idealista que pretendia explicar o mundo com base somente em experiências²⁹. Contemporânea ao desenvolvimento das ciências sociais como antropologia, sociologia e psicologia, a Escola Positivista se serviu destas para buscar uma nova orientação nos estudos criminológicos.

Como as modificações propostas pelos reformistas do século XVIII não se mostraram eficientes para o fim a que se destinavam, qual seja, a redução da criminalidade, os positivistas mudam o foco de estudo sobre as causas do crime e a pena do sistema legal para o delinqüente. Tal mudança busca ainda legitimar a hegemonia burguesa que “necessitava explicar como natural seu poder em relação ao controle social, apelando aos saberes antropológicos e sociológicos positivistas para retomar o argumento organicista”³⁰.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 53.

²⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 25.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 168.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit. p. 281.

³⁰

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 57.

Em linhas gerais, a Escola Positivista passa a entender a pena como um meio de defesa social priorizando o interesse da sociedade em detrimento dos interesses individuais. Para isso, num primeiro momento, deixa de lado o caráter ressocializador da pena, pois entendia o delito e a ação do delinqüente como patologias sociais, reduzindo a sanção penal a um mero provimento utilitarista³¹. Passa a negar o princípio da culpabilidade, fundamentado na responsabilidade moral, e o substituem pela noção de periculosidade, que tem a função de demonstrar os níveis individuais de propensão ao delito³², cujos possuidores deveriam sofrer intervenção do Estado para a garantia da segurança da sociedade.

Aplicando ao direito as noções de observação e investigação das incipientes ciências sociais, a delinqüência passa a ser tratada como uma questão médico-psicológica, utilizando como laboratório as penitenciárias, a partir da implementação do conceito Panóptico de Jeremy Bentham³³.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt³⁴, a Escola Positivista se apresenta em três fases distintas, cada qual com representada por um expoente máximo, a saber: Fase Antropológica – Cesare Lombroso; Fase Sociológica – Enrico Ferri; e, Fase Jurídica – Rafael Garofalo.

Neste próximo item, analisaremos a contribuição de cada um destes estudiosos para a construção do direito penal moderno, principalmente no que tange à sanção penal.

1.2.1. O “Triunvirato Italiano”: Lombroso, Ferri e Garofalo

O psiquiatra italiano Cesare Lombroso, com a publicação de seu livro “O Homem Delinqüente”, em 1876, um século depois de Beccaria, inovou ao focar seus estudos nas características físicas e psíquicas que definiriam um homem como criminoso objetivando esclarecer a gênese do fato delituoso³⁵.

Sua teoria foi formulada com base em autópsias de delinqüentes e na análise empírica da população carcerária. Inicialmente, Lombroso chegou à idéia do criminoso nato, ou seja, de que alguns homens seriam criminosos por natureza. Logo, entendia a delinqüência como

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 68-69.

³² CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 59.

³³ RODRIGUES, Luciana Boíteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 42.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 69.

³⁵ MILLER, Fernando Faria. *Fatores Endógenos da Criminalidade*. Disponível em: <http://www.milleradvocacia.com.br/artigos/art_005.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2008.

um fenômeno atávico, sendo o criminoso uma “specie generis humani” diferente³⁶ e, obviamente, tida como inferior.

Assim, Lombroso inaugurou a era do determinismo na imputabilidade penal por rechaçar a noção clássica de que um homem racional é capaz de exercer seu livre-arbítrio, já que para ele o homem era levado a delinquir por razões puramente biológicas, impulsionado por forças de que ele mesmo não tinha consciência³⁷. Chegou, inclusive, a arrolar características físicas que serviriam para diferenciar o “homem normal” do “delinquente”: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos, entre outras³⁸.

A concepção lombrosiana do homem criminoso, apesar de posteriormente mitigada por ele, acabou por possibilitar a punição de indivíduos possuidores das características tidas como definidoras de delinquentes natos, mesmo sem a ocorrência de fato tipificado como crime, justificada na periculosidade do indivíduo, na expectativa da prática de novos crimes³⁹. Partindo dessa premissa, pode-se entender tal construção como uma manifestação do direito penal de autor, posto que “não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. (...) o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato”⁴⁰.

Eugenio Raul Zaffaroni em sua crítica à teoria lombrosiana aduz que seu “biologismo sumamente reacionário terminou oferecendo uma base às teorias racistas do crime do nacional-socialismo”⁴¹.

Outro nome de vulto na Escola Positivista foi Enrico Ferri, seguidor de Lombroso, tido por Evandro Lins e Silva como “a figura maior desse período”⁴², que acabou por consolidar o nascimento definitivo da sociologia criminal⁴³. Nem sua posterior adesão ao fascismo conseguiu impedir a difusão de seus ensinamentos.

Pode-se dizer que Ferri “ampliou a concepção inicial da Escola de Antropologia Criminal, atribuindo a origem da criminalidade a três fatores: biológicos, físicos e sociais,

³⁶

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 284.

³⁷ RABUFFETTI, M. Susana Ciruzzi de. *Breve ensayo acerca de las principales escuelas criminológicas*. Buenos Aires, Fabián J. Di Placido, 1999, p. 35 apud CALHAU, Lélío Braga. *Cesare Lombroso: Criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em 13 de abril de 2008.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 70.

³⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 48.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 115 – grifo nosso.

⁴¹ Idem. p. 284.

⁴² LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria...*, op. cit.

⁴³

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 72 – grifo nosso.

dando início às causas sociais do crime⁴⁴. Com efeito, é certo afirmar que, apesar de partidário da influência dos fatores endógenos e da inexistência do livre-arbítrio, Ferri acreditava que as condições do meio poderiam influir de modo a impedir a exteriorização da periculosidade do indivíduo, ou seja, que em condições favoráveis poderia não cometer delito algum.

Por adotar, como Lombroso, uma idéia do direito penal como defesa social⁴⁵, Ferri entende que, diante do homem determinado a delinquir, a sociedade tem direito de defender-se. Assim, para ele pouco importa a culpabilidade do indivíduo, se ele é doente ou não, este deve ser punido⁴⁶. Para isso, adota uma postura antiindividualista, se insurgindo contra os excessos irracionais do individualismo - capazes de sacrificar as legítimas garantias da sociedade frente ao delito e ao delinqüente – e não contra os direitos humanos em geral⁴⁷.

Apesar de também relegar o caráter correcionalista da pena, Ferri acreditava que a maioria dos criminosos era readaptável, com exceção dos criminosos habituais⁴⁸, aplicação clara de seu entendimento sociológico das causas do crime. Ranieri nos lembra que, apesar do predomínio da idéia de defesa social, “a finalidade reeducativa da pena define-se claramente a partir da Escola Positiva”⁴⁹.

Também foi importante para a construção da Escola Positivista o jurista Rafael Garófalo, cuja obra mais importante, *Criminologia* (1885), o tornou responsável pela sistematização jurídica desta Escola⁵⁰.

Garófalo apresentava acentuadas diferenças com relação aos dois teóricos anteriores, já bastante diferentes entre si, por apresentar uma vertente jusnaturalista muito clara, utilizando o conceito de organicismo social⁵¹, segundo o qual a sociedade é um todo orgânico, com células cerebrais menos numerosas, porém cuja superioridade “natural” lhe dá poder de submeter os demais às suas ordens – no caso, os “superiores” eram os burgueses que se utilizaram dessa teoria para legitimar seu poder⁵².

Percorrendo por um caminho diferenciado, Garófalo acaba por desembocar no etnocentrismo, ou seja, na consideração da própria cultura como “superior”. Tal entendimento

⁴⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 46.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 72.

⁴⁶ Idem, p. 73.

⁴⁷ LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria...*, op. cit.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 72-73.

⁴⁹ RANIERI, Silvio. *Orígenes y evolución de la Escuela Positiva*. REP, 1971, p. 1701-2 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 73.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 71.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 288.

⁵²

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 271.

é repleto de racismo uma vez que ele entende os delinquentes são para a sociedade “seres inferiores e degenerados”⁵³.

Utilizando-se dessas idéias, Garófalo constrói o conceito de “delito natural”, bastante importante para a Escola Positiva, e aduz que os delitos consistem na ofensa aos dois sentimentos básicos, a piedade e a probidade, que levaria os homens dele carecedores a merecerem a expulsão da sociedade⁵⁴, e dessa forma, “exclui a questão da criminalização de condutas, e direciona o estudo da criminalidade ao criminoso institucionalizado”⁵⁵.

No mais, Garófalo estabeleceu a noção da periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquent, reafirmando o caráter preventivo da pena – abandonando o discurso ressocializador - ⁵⁶ inclusive posicionando-se a favor da pena de morte como defesa de seus “inimigos interiores”⁵⁷.

Nas sábias palavras de E. Raul Zaffaroni, seu livro Criminologia “é o mais completo manual de racionalizações às violações dos Direitos Humanos que já foi escrito até o momento”⁵⁸.

Feitas essas considerações acerca dos principais nomes positivistas do século XIX, nota-se que, embora lhes falte homogeneidade em alguns momentos, “o discurso científico da inferioridade bio-psico-antropológica do homem delinquent, advogado pela Escola Positiva Italiana (...) não permitia ouvidar da superioridade branca européia”⁵⁹.

Dessa forma, as concepções positivistas, por serem legitimadoras de postulados naturalistas típicos do inquisitorialismo⁶⁰, para Salo de Carvalho, acabam por fornecer os argumentos posteriormente utilizados pelos regimes totalitários, em especial o nacional-socialismo alemão. Lentamente, a concepção positivista da antropologia lombrosiana gera uma estética da maldade visualizada na inferioridade genética⁶¹.

Essa concepção inaugura, no entender de Salo de Carvalho, “a primeira reação anti-ilustrada (inquisitiva) ao garantismo penal”⁶².

Alguns autores afirmam que a doutrina nazista na primeira metade do século XX se fundou em concepções positivistas do século anterior.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Ibidem, p. 289.

⁵⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 46.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 71.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 289.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p.58.

⁶⁰ Idem, p. 57.

⁶¹ Ibidem, p. 61.

⁶²

CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p.61.

Cumpre-nos lembrar que o conceito de anti-semitismo foi adicionado às idéias positivistas pelo direito penal do nacional-socialismo, alçando os judeus-comunistas-capitalistas ao posto de inimigo número um do Regime⁶³. Os judeus constituíam “vidas sem valor de vidas”⁶⁴, logo, fazia-se necessária a sua eliminação para que se tornasse possível a construção da nação ariana, partindo da premissa de que é mais fácil neutralizá-los visto sua reconhecida irrecuperabilidade⁶⁵.

Para Filippo Grispigni, o nazismo é a consagração da escola positivista posto que evidentemente abandona todos os vestígios da chamada escola clássica⁶⁶.

1.3. A Reação Humanista: Marc Ancel, Filippo Gramatica e a Nova Defesa Social

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o modelo político racista e totalitário saiu enfraquecido. Movida pelo repúdio às atrocidades cometidas durante a guerra, a sociedade mundial passa a focar-se na afirmação dos direitos fundamentais que, graças a sua consagração na Assembléia Geral da Declaração dos Direitos do Homem (1948), são alçados ao posto de direito supraestatais⁶⁷. Ocorre então uma “humanização” de alguns conceitos basilares do modelo positivista utilizado para justificar o autoritarismo dos regimes da primeira metade do século XX⁶⁸.

Nesse contexto, surge o Movimento da Nova Defesa Social, capitaneado por Filippo Gramatica e difundido por Marc Ancel, fortemente inspirado nas idéias de Franz von Liszt, visando a integrar as conquistas obtidas sob a ótica positivista das ciências criminais à dogmática jurídica⁶⁹.

A teoria de Liszt apresenta-se como um sistema híbrido entre as ciências criminais e o liberalismo penal, pois ao mesmo tempo em que enfatiza o caráter preventivo e corretivo da pena, não abdica de alguns pressupostos contratualistas. Acredita que o delito deve ser estudado sob dois prismas diferentes: analisando-se os pressupostos da punibilidade segundo

⁶³.Idem, p. 105.

⁶⁴ Ibidem, p. 106.

⁶⁵ Ib., p. 104.

⁶⁶ Ib., p. 107.

⁶⁷ Ib., p. 73.

⁶⁸ Ib., p. 68.

⁶⁹ Ib., p. 69.

os princípios clássicos do Estado de Direito e, uma vez que esta seja constatada, a sanção deveria ser medida pelas necessidades sociais, respeitando as peculiaridades do delinqüente⁷⁰.

O Movimento da Nova Defesa Social seguiu pelo mesmo caminho de Liszt, através de “uma proteção do ser humano, uma reação contra a repressão cega, uma preocupação de humanizar as instituições penais e de assegurar a recuperação social daquele que se tenha desviado para a delinqüência”⁷¹.

Embora existissem divergências entre seus maiores representantes – Gramatica adotava uma postura mais liberal, pregando o abolicionismo penal – o movimento baseava-se fundamentalmente na individualização e diferenciação de crimes, criminosos e penas⁷², buscando o respeito à dignidade da pessoa humana e salvaguardando os direitos do homem⁷³.

2. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

⁷⁰

ROXIN, Claus. *Franz von Liszt e a Concepção Político Criminal do Projeto Alternativo*, p. 78, apud CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 70.

⁷¹ LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria...*, op. cit.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 71.

⁷³ LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria...*, op. cit.

O Brasil funcionou, desde a sua colonização, como uma extensão do Reino português, pois o rei de Portugal exercia aqui seu poder de punir como forma de reafirmar a dominação colonial.

A história penal de nosso país começa com a vigência de legislações duras como as contidas no Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603, que orientava-se no sentido de uma ampla criminalização de condutas, sempre com duras punições⁷⁴. Era também totalmente desproporcional a medida entre delitos e penas além de não se adotar o princípio da legalidade – a escolha da sanção ficava à cargo do julgador⁷⁵. E, coadunando com essa cruel legislação, cárceres coloniais eram locais fétidos⁷⁶.

Com o passar dos anos, apesar de significativas vitórias legislativas – a Constituição de 1824 vedava penas cruéis e o Código Criminal de 1830 previa, pela primeira vez a privação de liberdade como pena⁷⁷ - pouca coisa mudou: no que diz respeito aos cárceres, as condições físicas da maioria “eram péssimas, havendo relatos de instalações precárias, insalubridade e insuficiência de espaço, além das altas taxas de óbitos de presos⁷⁸”.

Nessa esteira, a República, proclamada em 1890, também trouxe avanços legislativos porém com pouco resultado prático: foi abolida formalmente a pena de morte e a prisão perpétua além de adotado o sistema irlandês ou progressivo no cumprimento da pena privativa de liberdade com previsão do livramento condicional – que não foi efetivado à época⁷⁹.

Nota-se que, apesar da progressista legislação, a prisão, tal qual fora no passado, continuava a funcionar como um depósito de indivíduos indesejáveis à sociedade. Dessa forma, não havia interesse em humanizar as prisões ou em melhorar a vida dessas pessoas; pouco ou nada era investido para mudar a situação uma vez que a população carcerária pertencia às classes mais baixas da população. O interessante era não tornar a vida dessa população melhor na cadeia do que fora dela, o que acabaria por extinguir o caráter intimidatório da prisão. Assim, as prisões funcionavam, na prática, como uma “vitrine dos horrores” visando intimidar os cidadãos de forma a coibir a prática de delitos.

⁷⁴

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, op. cit., p. 57.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Somente à título de ilustração, antes da chegada da Corte Portuguesa, umas das principais prisões do Rio de Janeiro, o Calabouço, era descrita como “uma caverna horrível” onde presos morriam sufocados pelo calor no verão devido à falta de janelas in KARASCH, Mary C. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)*; tradução de Pedro Maia Soares, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 178 apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 33.

⁷⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 65-66

⁷⁸ Idem, p. 86.

⁷⁹ Ibidem, p. 71.

2.1 O Código Penal de 1940

Ao assumir o poder por meio de um golpe de Estado em 1930, Getúlio Vargas passa a adotar uma postura liberal visando legitimar-se com o apoio popular, consolidando-se na Presidência. Dessa forma, a Constituição de 1934 reafirmava garantias fundamentais tais como a irretroatividade da lei penal mais gravosa, trazia vedação expressa das penas de morte – salvo em caso de guerra -, banimento, perpétuas e confisco, além da previsão de habeas corpus e direito de petição.

Porém, com a ditadura do Estado Novo houve a instituição de um verdadeiro Estado policial⁸⁰, caracterizado pela ausência de liberdades individuais, pela censura, pelo uso excessivo da privação de liberdade e pela previsão de pena de morte em alguns casos. Neste contexto, foi decretado pelo Presidente Vargas o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848 de 07 de maio de 1940).

O novo código, claramente inspirado no Código Rocco, era rígido e autoritário. Seguiu os ideais propostos pela teoria defensivista de Ancel e Gramatica uma vez que visava suprir a insuficiência da legislação anterior no que tange à redução da criminalidade⁸¹.

Podia ser descrito como eclético⁸² pois, em seu texto predominantemente liberal, servia-se de conceitos de várias escolas penais posto que manteve em relação à pena os conceitos de culpabilidade e livre arbítrio – caráter retributivo da pena – e incluiu a medida de segurança com base na periculosidade, fundada no determinismo lombrosiano – caráter preventivo da pena -, o que resulta na adoção do sistema duplo binário, sem embargo da finalidade defensivista já ressaltada.

Assim, em sua sistematização, o código previa penas de detenção e reclusão – com separação entre presos condenados e provisórios⁸³ -, além da pena de multa como sanção principal e as penas acessórias (perda de função pública, interdição de direitos e publicação de sentenças). Foi mantido o limite de 30 anos para cumprimento de pena privativa de liberdade, o sistema alburniano (progressivo) e o livramento condicional.

⁸⁰

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 95.

⁸¹ Idem, p. 97.

⁸² Ibidem.

⁸³ Na prática, essa separação não foi efetivada por ausência de espaço para alojar os presos segundo o tipo de condenação ou situação processual. Cf. RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 95.

O livramento condicional dependia da cessação da periculosidade, sendo aplicável ao condenado a pena superior a três anos, após o cumprimento de mais da metade desta em caso de réu primário e mais de três quartos no caso de reincidência. Este é mais um claro exemplo da utilização de conceitos positivistas pelo legislador de 1940⁸⁴.

No entender do professor Eugenio R. Zaffaroni, a “mistura” de escolas trazida pelo código acaba por tornar o sistema penal cada vez mais segregador:

Seu texto corresponde a um ‘tecnicismo jurídico’ autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de ‘indesejáveis’, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente provocada⁸⁵.

Apesar das inovações trazidas pela nova legislação, na prática pouca coisa mudou nas instituições prisionais: elas continuavam destinando-se ao depósito de indesejáveis “perigosos”, numa tentativa de isolar o “mal”, sob o escopo de proteger a sociedade.

Porém, de forma alguma, essa afirmação retira a importância que devemos atribuir ao Código Penal de 1940 posto que sua parte especial vigora até os dias atuais e sua parte geral vigorou até a Reforma Penal de 1984⁸⁶.

2.2 A Legislação Penal Após 1940

Na década seguinte ao fim da ditadura varguista, pouca coisa mudou em termos de legislação penal. Só em 1957, durante o governo Kubitschek é que houve a edição de uma importante lei (Lei nº. 3.274), precursora no que diz respeito ao estabelecimento de normas gerais do sistema penitenciário. Trazia em seu corpo noções como individualização de penas, classificação de internos, além de direitos, trabalho e salário do preso e da assistência a este e à sua família. Apesar do pioneirismo da lei, na prática nada se alterou no sistema penitenciário⁸⁷.

⁸⁴

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 102.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 213.

⁸⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 104.

⁸⁷

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 106.

Já na década de 60, o golpe que levou ao poder os militares marcou o início de uma nova Era no Brasil. Durante esse período, a prisão transformou-se num instrumento político, ou seja, mantinha seu caráter segregador mas desta vez os ditos “perigosos” não eram mais personificados pela classe baixa e sim por uma classe diferenciada constituída dos opositores políticos do regime.

Para isso, foi importada a chamada “ideologia da segurança nacional” que gera um direito penal cujo praticamente único bem jurídico tutelado é a própria “segurança nacional”, perante a qual se sacrificam todos os demais⁸⁸. Apesar de não alcançar a “coerência” de um totalitarismo⁸⁹, esta ideologia é marcada pelos tribunais de exceção, supressão de direitos, arbitrárias prisões políticas, censura e uso de tortura⁹⁰.

Mas é no governo do General Médici que a ditadura torna-se escancarada, e iniciam-se os Anos de Chumbo. Nesse período, a tortura e a repressão são intensificadas. A primeira se torna o veículo de expressão da segunda, um verdadeiro instrumento estatal para a “defesa da sociedade”⁹¹. Porém, a tortura nada tem a ver com a defesa social, e sim com a funcionalidade e a eficácia da ordem ditatorial. “Quando tortura e ditadura se juntam, todos os cidadãos perdem uma parte de suas prerrogativas, e, no porão, uma parte dos cidadãos perde todas as garantias”⁹².

Séculos após a humanização proposta por Cesare Beccaria, os suplícios corporais voltam a ser aceitos, e inclusive a tortura passa a ser defendida por governantes como se nota nesta citação de Ernesto Geisel: “Acho que a tortura, em certos casos, torna-se necessária, para obter confissões”⁹³.

Após o limbo dos anos de chumbo, tem-se início uma gradual abertura política, durante o governo do General Ernesto Geisel. Em 1975, suspendeu-se parcialmente a censura à imprensa e em 1977, com a edição da Lei nº. 6.416, o Código Penal de 1940 é reformado, introduzindo mudanças no que diz respeito ao tratamento dos presos. Dentre as inovações estão a criação dos regimes de cumprimento de pena que temos hoje – fechado, semi-aberto e aberto -, previsão da possibilidade de trabalho externo e ampliação do sistema de sursis. Era mantida a pena de prisão como pena por excelência⁹⁴.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 344.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 107.

⁹¹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 25.

⁹² Idem, p. 27.

⁹³ Ibidem, p. 37.

⁹⁴

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 112-113.

Essa análise do sistema penal da ditadura ganha vulto ao tratarmos do RDD uma vez que, após alguns anos de legislação mais liberal – reforma da parte geral do código penal, edição da Lei de Execuções Penais, criação dos JECRIMs -, tem-se na implementação desse regime um retorno da ideologia da segurança nacional sob uma nova roupagem, a chamada “ideologia da segurança urbana”⁹⁵.

2.2.1 A Reforma Penal de 1984

Na continuação do processo de redemocratização, tem-se a edição de duas leis que mudam o panorama do sistema penal brasileiro, a Lei nº. 7.209/84 e a Lei nº. 7.210/84 que, introduziram, respectivamente, uma nova parte geral no Código Penal e a Lei de Execuções Penais.

O Novo Código Penal, apesar da manutenção da pena privativa de liberdade para a maioria dos delitos, inseriu importantes modificações em nosso ordenamento como, por exemplo, a substituição da pena de prisão pelas penas alternativas – artigo 44/CP. No entendimento de Zaffaroni, “a nova parte geral do código constitui uma verdadeira reforma penal, (...) posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos”⁹⁶.

Importante destacar que no novo texto foi extinto o sistema duplo binário, que permitia a aplicação de medida de segurança ao imputável “perigoso”, e adotado o sistema vicariante⁹⁷, que veda a aplicação de medida de segurança ao imputável e dá ao juiz a escolha

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 345.

⁹⁶ Idem, p. 215.

⁹⁷ Artigo 97 da Nova Parte Geral do Código Penal - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

no caso da semi-imputabilidade. Pode classificar essa modificação como uma retomada do direito penal da culpabilidade⁹⁸ visto que a periculosidade, resquício positivista, passa a ser excluída do ordenamento.

Assinala-se também a antecipação da obtenção do livramento condicional – um terço da pena para não reincidente e de bons antecedentes, e metade da pena para reincidentes em crime doloso⁹⁹ – e a redução do limite máximo do período de prova na suspensão condicional da prova, além da inserção de dispositivo referente aos direitos dos presos¹⁰⁰.

Já a Lei de Execuções Penais, visando restringir a atividade discricionária da administração e proporcionar ao apenado garantia mínima de seus direitos, normatizou a jurisdicionalização da execução da pena¹⁰¹. Foi a primeira norma específica a tratar de toda a matéria de execução penal no Brasil: positivou direitos e deveres do preso, assegurou a necessidade de separação entre os condenados e da assistência a ser prestada ao apenado e regulamentou o trabalho na penitenciária.

As modificações trazidas pela LEP e pela nova parte geral visavam melhorar as condições carcerárias através da ampliação das possibilidades de livramento condicional, que permitiria a soltura antecipada de vários presos, especialmente os apenados primários.

Por entendermos essencial a análise dos fundamentos ideológicos da LEP para o estudo do RDD passemos, então, ao exame dos principais aspectos desta que é, sem dúvida, uma das mais importantes leis penais brasileiras.

2.3 A Lei de Execuções Penais – Lei nº. 7.210/84

Artigo 98 da Nova Parte Geral do Código Penal - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.”

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, op. cit., p. 215.

⁹⁹ Artigo 83 da Nova Parte Geral do CP – “ O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.

¹⁰⁰ Artigo 38 da Nova Parte Geral do CP – “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 166.

O direito penitenciário ou direito de execução penal deve ser entendido como ramo autônomo do direito¹⁰², com princípios informadores diferenciados dos direito penal e processual penal. Cabe a esse ramo do direito regulamentar o ambiente prisional sob o prisma da ordem, segurança e disciplina.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, quanto à sua natureza, a execução penal pode ser entendida como:

uma atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo.¹⁰³

O ponto de fusão entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque enquanto o Judiciário é o órgão encarregado de proferir as diretivas correspondentes à execução da pena, o Executivo é quem efetivamente dá cumprimento à mesma em estabelecimentos sob sua responsabilidade¹⁰⁴. Esse encontro entre as duas esferas de poder nos leva àquele que talvez seja seu maior problema: a discricionariedade no trato das questões internas sob justificativa de manutenção da ordem e da segurança. E é sob essa fraca justificativa da administração penitenciária que, ao longo da história, se viu ocorrer o comprometimento da dignidade e da humanidade da pena e do apenado pelo desvio ou excesso de execução¹⁰⁵.

Até a década de 80, a execução penal era regida pela Lei nº. 3.274/57 que dispunha sobre as normas gerais de regime penitenciário sem, contudo, cominar sanções para o descumprimento de seus princípios e regras¹⁰⁶ - o que a tornou letra morta no ordenamento jurídico. Esse vácuo jurídico, suprido pela administração penitenciária de forma amplamente discricionária, levava a sucessivos abusos de poder com conseqüente maculação de direitos fundamentais.

Só em 1984 é que foi editada a Lei nº. 7.210 com o escopo de garantir minimamente os direitos do apenado frente o arbítrio estatal, diminuindo tais violações e normatizando a jurisdicionalização da execução da pena. É preciso que a pena seja cumprida respeitando o princípio da legalidade e que a margem dada à discricionariedade administrativa também seja limitada sob pena de não vermos desempenhado o papel publico da pena. Constitui-se na

¹⁰²

O direito penitenciário teve sua autonomia reconhecida no X Congresso Penitenciário Internacional em 1930. Cf. MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução Criminal: Teoria e Prática: doutrina, jurisprudência e modelos*. 4ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 19.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 20.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 401.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 168.

¹⁰⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução...*, op. cit., p. 23-24.

Carta Magna dos presos, tendo como finalidade precípua a de atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do recluso.

Dentre as novidades trazidas pela nova lei encontram-se a introdução do princípio da reserva legal das sanções disciplinares (artigo 45/ Lei nº. 7.210/84)¹⁰⁷ – com infrações e sanções previstas em lei federal – e de regras para revogação e transferência de regimes (Artigos 105 a 109/Lei nº. 7.210/84)¹⁰⁸ bem como a redução da fração a ser cumprida para a obtenção da progressão de regime para 1/6 da pena com avaliação do mérito do condenado (Artigo 112, parágrafo único/ Lei nº. 7.210/84)¹⁰⁹.

Dessa forma, o processo de jurisdicionalização da LEP fixado nos artigos 1º¹¹⁰ (em que determina o conteúdo jurídico da execução penal – estrito cumprimento da sentença e instrumentalização de condições para reintegração do apenado), 2º¹¹¹ (que dispõe sobre jurisdição e processo), 66¹¹² (que detalha a competência do juiz da execução penal)¹¹³ e 194¹¹⁴ (que determina o procedimento judicial) demonstra claramente o objetivo principal da Lei, narrado anteriormente.

¹⁰⁷

Artigo 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal. §1º. As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. §2º. É vedado a cela escura. §3º. São vedadas as sanções coletivas.

¹⁰⁸ Só a partir deste momento a transferência de regime passa a ser considerada um direito do apenado, antes era concedida de forma discricionária pela administração penitenciária. Cf. RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 124.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 124.

¹¹⁰ Artigo 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do apenado.

¹¹¹ Artigo 2º. A jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo Único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

¹¹² Artigo 66. Compete ao juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declara extinta a punibilidade; III – decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração ou remissão da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução; IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direito e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no §1º do artigo 86 desta Lei; VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade; X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

¹¹³

Antes da LEP, o juiz da execução ao interferia no caso de surgir processo incidental, com competência adstrita ao incidente; sua atuação era extraordinária e apenas substitutiva da Administração. Cf. MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução Criminal...*, op. cit., p. 68.

¹¹⁴ Artigo 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.

Nota-se de forma inequívoca que a justiça penal não se encerra com o trânsito em julgado da sentença e sim se efetiva na fase de execução, sendo o atuar do magistrado nesta eminentemente jurisdicional, com a aplicação as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, possibilitando ao condenado e ao Estado a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões e a produção de provas¹¹⁵.

É através da edição da Lei de Execução Penal que o apenado passa a figurar como sujeito da relação processual, com direitos e deveres, e não como mero objeto¹¹⁶. Porém, apesar da LEP conferir uma série de direitos sociais – artigo 41/ Lei nº. 7.210/84 - ao condenado, na prática “o sistema penitenciário ficou sendo a fase mais negligenciada da administração da justiça e, conseqüentemente, a mais implacável¹¹⁷”.

2.3.1 Os Fundamentos Ideológicos

Como várias codificações penais da década de oitenta, a Lei de Execução Penal brasileira também se serviu dos ideais de Marc Ancel e seu movimento da Nova Defesa Social no qual é enfatizado o papel normatizador e transformador de condutas do sistema prisional, dando à pena função corretiva e, principalmente, reabilitadora¹¹⁸.

A bandeira da ressocialização do condenado seria alcançada através da infusão de conceitos positivistas à antiga concepção clássica da pena como retribuição jurídica posto que é atribuição estatal a prevenção ao crime e o tratamento dos delinquentes.

Conforme analisa Salo de Carvalho:

Marc Ancel demonstra esquematicamente os pressupostos da doutrina, elaborando rol principiológico mínimo. Para o autor, a defesa social supõe uma concepção geral do sistema anticriminal que não visa unicamente à expiação da falta por meio do castigo, mas busca proteger a sociedade contra as ações criminais. Essa proteção social seria realizada sob a noção de periculosidade, aliada ao conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinquentes, seja pela eliminação /segregação ou pela aplicação de métodos curativos/educativos.¹¹⁹

¹¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução...*, op. cit., p. 32.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 168.

¹¹⁷ CATÃO, Yolanda, SUSSEKIND, Elisabeth. *Os Direitos do Preso*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 76 apud CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 169.

¹¹⁸ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 81.

¹¹⁹

CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 71.

A importância da criminologia nessa busca pela prevenção do crime e tratamento do delinqüente orientou não só a LEP mas também toda a Reforma Penal de 1984, como podemos notar nos conceitos de aplicação de pena consagrados na parte geral do CP¹²⁰.

Todo o caminho entre a cominação judicial da pena e sua posterior execução é orientada pela personalidade do delinqüente, a fim de que se conheça sua constituição biológica, suas reações psicológicas, sua história pessoal e sua situação social¹²¹. É clara a retomada das noções de periculosidade próprias do positivismo jurídico, as quais serão importantes para a individualização da pena e a obtenção de ‘benefícios’.

Segundo Salo de Carvalho, a especialização da criminologia em sede de execução aliada à importância dada aos laudos e pareceres criminológico contribuíram para que a execução penal se transformasse em instrumento eficaz de controle, baseado na despersonalização do preso pela substituição de seu “ser” pelo padrão de moralidade imposto através da disciplina¹²².

Fica patente, como nos demonstra Salo de Carvalho, que

a simbiose entre o sistema processual inquisitivo e a criminologia clínica perfectibilizará um modelo ótimo de violação das garantias fundamentais que será potencializado por outra sintonia não menos doentia: as relações de poder forjadas pelas noções de disciplina e segurança¹²³.

2.3.2 O Sistema Disciplinar da LEP

Segundo Michel Foucault, a disciplina serve para fabricar indivíduos “dóceis”, através da utilização do ser humano como objeto e instrumento do seu exercício, perfazendo-se como forma geral de dominação no decorrer dos séculos XVII e XVIII¹²⁴.

Para que se entenda o modelo ressocializador e disciplinador instituído pela Lei de Execução Penal deve-se partir do princípio de que, pelo simples fato do indivíduo estar submetido à pena privativa de liberdade, ele demonstra que necessita de uma reeducação para retornar ao convívio social¹²⁵. E isso pressupõe, inicialmente, que se caracterize o criminoso

¹²⁰ Idem, p. 178.

¹²¹ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 83.

¹²² CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 179.

¹²³ Idem.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 66.

¹²⁵

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 208.

como um ser indisciplinado e marginal em oposição à sociedade bem educada, pois uma vez seguidas, as regras disciplinares seriam aptas a transformá-lo num indivíduo socializado¹²⁶. Também implica, posteriormente, na existência de uma ética-universalizante que regularia os padrões morais da sociedade não-desviada e na qual o delinqüente teria que ser enquadrado durante a pena¹²⁷.

Depreende-se esse discurso da leitura do artigo 39 da Lei nº. 7.210/84¹²⁸. De acordo com esse, por exemplo, se é dever do condenado o *comportamento disciplinado e o cumprimento fiel da sentença* (inciso I), deve-se entender que a obrigatoriedade do mesmo em cumprir regras-disciplina – seria ressocializante. Da mesma forma, deve obedecer aos agentes penitenciários (inciso II), pois, ao funcionar como *longa manus* do Estado estão eles aptos a dizer o que é melhor para o preso, com vista à sua reintegração social. Não obstante, também deve agir com *urbanidade e respeito com os demais condenados* (inciso III), visto que também deve agir dessa forma no meio social; também deve *opor-se aos movimentos individuais e coletivos de fuga ou subversão à ordem ou à disciplina* (inciso IV), pois é dessa forma que a sociedade age frente aos criminosos; deve executar trabalhos, tarefas e ordens recebidas (inciso IV), já que a vida em sociedade pressupõe uma submissão às fontes lícitas de aquisição de riquezas; tendo infringido as normas disciplinares, deve aceitar e cumprir a sanção imposta (inciso IV), expiando seus erros; se o crime deixou vítimas e prejuízos materiais, cabe ao preso repará-los (inciso VII), demonstrando arrependimento, etc.

Notamos que a Lei de Execuções Penais busca, na teoria, converter o preso numa pessoa boa, disciplinada e respeitadora, que seriam algumas das características próprias dos indivíduos não-desviados e que devem ser alcançadas pelo preso para que se torne apto ao convívio social¹²⁹. Na prática, porém, é patente que estes fins não são alcançados posto que o sistema penitenciário brasileiro só tem uma única preocupação: excluir os indesejáveis, consolidando sua posição à margem da sociedade.

É importante observar que a disciplina não pode ser concebida no interior da estrutura garantista do regime de legalidade que fundamenta o Estado de Direito. Isto porque são

¹²⁶ Idem, p. 209.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Artigo 39. Constituem deveres do condenado: I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta; VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X – conservação dos objetos de uso pessoal.

¹²⁹

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos...*, op. cit., p. 210.

absolutamente paradoxais visto que os métodos disciplinares são historicamente inquisitoriais, sendo que suas decisões baseiam-se ou na ausência de regulamentação prévia ou em regulamentações lacunosas e ambíguas, possibilitando a ampliação do arbítrio administrativo e a efetivação de um regime totalitário de controle¹³⁰.

a) Os Laudos e Pareceres Criminológicos

Para que se alcance alardeada ressocialização proposta pela Lei de Execução Penal, na fase de individualização da pena, os condenados teriam de ser submetidos a verdadeiros diagnósticos com o fim de efetivar sua classificação, utilizando seus antecedentes e a personalidade do agente (artigo 5º/Lei nº. 7.210/84).

A capacidade de reintegração do apenado ao meio social é medido através de um critério misto: de natureza objetiva (tempo de cumprimento da pena) e de natureza subjetiva (mérito do condenado), com clara preponderância do critério subjetivo.

A execução penal se utiliza, então, de meios voltados à análise da personalidade do condenado para que, posteriormente, cessada sua periculosidade, ele seja recolocado no convívio da sociedade, devidamente docilizado e controlado. Nota-se que a individualização da pena, na fase executória seria atribuída a um corpo técnico que promoveria tal valoração. O problemático é que esta junção da criminologia com o direito se transforma num modelo perverso de controle carcerário que remonta à teoria positivista do século XIX¹³¹.

Os laudos e pareceres criminológicos, na fase executória, revitalizam a premissa disciplinadora pois permitem “medir” quão eficiente foi o tratamento prisional na transformação do indivíduo preso, funcionando com indicadores do grau de reabilitação alcançado pelo mesmo, demonstrando em que grau ele pode usufruir da atenuação dos limites da privação de liberdade¹³².

Não obstante não haver, na lei, vinculação obrigatória aos laudos e pareceres – por força do sistema de livre convencimento (artigos 157 e 182 do CPP)¹³³ -, na prática, o juiz pode acabar ficando “preso” ao laudo – principalmente no caso de laudo desfavorável -,

¹³⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 181.

¹³¹ Idem, p. 185.

¹³²

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 90.

¹³³ Artigo 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Artigo 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

culminando numa possível recriação do sistema de prova tarifada, obstacularizando o direito ao contraditório e o devido processo legal¹³⁴.

Num primeiro momento, a exigência dos laudos e pareceres criminológicos na fase executória da pena pode até parecer humanizar a pena ao passo que possibilitaria uma melhor individualização da mesma. Porém, o efeito dos laudos e pareceres acaba sendo diverso, por ofender os princípios básicos de direitos humanos, no que diz respeito à liberdade interna do apenado, como intimidade e vida privada. E, no entender de Salo de Carvalho,

Diferentemente do divulgado pelo discurso oficial, notou-se a criação de um sistema de otimização do positivismo criminológico que deixou os direitos dos apenados reféns de um discurso dúbio que pendia entre as noções, abertas e isentas de significado, porém altamente funcionais, de disciplina e ressocialização¹³⁵.

A contenção das massas indesejáveis acabava sendo potencializado pela importância dos pareceres na reforma moral do indivíduo preso. Este quadro perdurou até a edição da Lei nº. 10.792/03 que, paralelamente ao retrocesso da instituição do regime disciplinar diferenciado com conseqüente maximização da administração penitenciária no que diz respeito à disciplina, inovou na retirada dos pareceres e laudos criminológicos, que perfaziam verdadeiros entraves ao progressivo desencarceramento do condenado visto que, historicamente, serviram para promover a “sobreposição do discurso da criminologia administrativa sobre o sistema jurisdicional”¹³⁶. Dessa forma, é eliminado o critério subjetivo que possibilitava medir o suposto grau de ressocialização do condenado, representado simbolicamente pelos laudos e pareceres. Não obstante a manutenção do pressuposto subjetivo de “bom comportamento carcerário”, o romântico discurso da recuperação do delinquente é abandonado em prol do real fim da pena: a exclusão dos indesejáveis.

b) O Regime Meritocrático de Punições e Recompensas

A Lei de Execução penal dispõe, em seu artigo 44, que “disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho”, ou seja, no cumprimento de todos os deveres do condenado (artigo 39/ Lei nº. 7.210/84).

¹³⁴ CARVALHO, Salo. Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº. 50, p. 91-118. set./out. 2004. p. 107.

¹³⁵ CARVALHO, Salo. Tântalo..., *op. cit.*, p.108.

¹³⁶ Idem, p. 112.

Para garantir a efetivação desta disciplina, paralelamente ao processo de individualização da pena, foi estruturado um modelo de punições e recompensas voltado pra a conduta dos presos, para formatar o comportamento que seria desejável.

Em seu artigo 49¹³⁷, a Lei de Execução Penal graduou as faltas entre leves, médias e graves, sendo que as duas primeiras são de competência legislativa estatal. O cometimento de falta leve gera a advertência verbal; de falta média, a repreensão, e de falta grave, a suspensão ou restrição de direitos ou o isolamento celular – incluindo a submissão à regime disciplinar diferenciado.

O julgamento das faltas disciplinares e a imposição das sanções correspondentes são de competência da administração penitenciária, no exercício de atividades extensiva do juízo da execução (artigo 47/Lei nº. 7.210/84). Por possuir procedimento essencialmente administrativo, é orientado pela inquisitorialidade, apesar da garantia, pela LEP, de direitos como o devido processo legal (artigo 59), reserva legal (artigo 45) e direito de defesa (artigo 59, *in fine*)¹³⁸.

Em sentido diametralmente oposto à cominação de sanção às faltas disciplinares, estão as recompensas pelo bom comportamento carcerário, que consistem em elogios ou regalias, isto é, em alguma diminuta ampliação de direitos elencados na LEP que, por serem destituídos de qualquer parâmetro e dispostos em normas abertas, possuem carga reduzida de efetividade¹³⁹.

O processo de padronização dos apenados conforme certo regramento moral acaba por destruir o direito à diferença. Numa busca eterna pela disciplina e sob a justificativa da segurança, uma série de ilegalidades acaba sendo permitida com a crescente sobreposição da ordem em face dos direitos do apenado¹⁴⁰, consolidando a posição destes como marginalizados. Torna-se cada vez mais patente que “em prol da Defesa Social, nota-se a tolerância institucional às ilegalidades contra os direitos do cidadão¹⁴¹”.

¹³⁷

Artigo 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

¹³⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 189.

¹³⁹ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 95.

¹⁴⁰

CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 191.

¹⁴¹ Idem.

3. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

3.1 Noções Preliminares

No presente capítulo, analisaremos o objeto central do trabalho, o regime disciplinar diferenciado, sobretudo na análise da sua constitucionalidade, através do exame dos dispositivos da Lei nº. 10.792/03 à luz dos princípios e direitos constitucionalmente garantidos pela nossa Carta Magna.

O regime disciplinar diferenciado, instituído a nível nacional pela Lei nº. 10.792/03, possui natureza jurídica “oficial” de sanção disciplinar. Digo oficial porque, no entendimento de diversos juristas¹⁴² o regime disciplinar diferenciado constitui, em verdade, uma nova modalidade de cumprimento de pena – o regime integralmente fechado “plus”¹⁴³ -, que deve ser entendido como mais uma manifestação da política de recrudescimento legal retomada no Brasil na década de noventa, conforme visto no capítulo anterior e que nada tem a ver com o caráter pontual e limitado a uma conduta específica das sanções disciplinares. O RDD poderia configurar uma burla do legislador à vedação constitucional de criação de um regime de cumprimento de pena mais duro, de caráter desumano e cruel.

De acordo com a referida lei, podem estar sujeitos ao regime disciplinar diferenciado todos os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, ressalvados os recolhidos por medida de segurança, sendo três as hipóteses de aplicação: prática, pelo preso, de crime doloso que ocasione subversão da ordem ou da disciplina internas; oferecimento, pelo preso, de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou no caso de recair, sobre o preso, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A sanção consiste em recolhimento em cela individual, por até 360 dias, com direito a visita semanal de dois adultos e número indeterminado de crianças, pelo período de duas horas e igual período de banho de sol diário. Pode haver renovação da sanção em caso de nova infração por igual período, até o limite de 1/6 da pena.

A aplicação do regime disciplinar diferenciado depende de decisão judicial, sendo respeitado o contraditório entre órgão ministerial e defesa, mediante provocação de autoridade administrativa – diretor do estabelecimento prisional. É ainda permitida a inclusão cautelar em regime disciplinar diferenciado por 10 dias, mediante decisão administrativa.

Dessa forma, podemos entender que a Lei 10.792/03 ao implementar o regime disciplinar diferenciado agride o primado de ressocialização do sentenciado¹⁴⁴, jogando por terra todo o sistema progressivo e meritocrático de cumprimento de pena instituído pela LEP.

¹⁴²

Cf. CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *RDD: regime penitenciário ou sanção disciplinar?* Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 12 de maio de 2008, CARVALHO, Salo. Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº. 50, p. 91-118. set./out. 2004, FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 173p. (Monografias, 35).

¹⁴³ A expressão é de Salo de Carvalho in *Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº. 50, p. 91-118. set./out. 2004, p. 100.

¹⁴⁴

CNCP. *Parecer sobre o RDD*. Disponível na internet: www.mj.gov.br

3.2 O Sistema Prisional e a Legislação Penal Antes do RDD

O regime disciplinar diferenciado não pode ser analisado isoladamente, pois sua criação é resultado de anos e anos de políticas públicas recrudescedoras e repressoras. O RDD faz parte, claramente, da chamada “legislação penal do terror”¹⁴⁵ na qual o Estado não respeita os direitos do criminoso, na ânsia de proporcionar uma resposta à urgência da mídia em face da crescente insegurança da sociedade.

Notamos que, já no fim da década de oitenta, poucos anos após a festejada reforma penal, o endurecimento penal já mostrava suas “garras”. Com a inclusão do conceito “hediondo” na Constituição de 88 e a edição de leis redutoras de garantias e defeituosas juntamente com um aumento da criminalização levam o país a um retrocesso penal.

Fundamentado na “ideologia da segurança urbana”, esta contra-reforma “reflete o abandono de uma filosofia correcional e de tratamento observados na tradição de nossa legislação, e o retrocesso a uma concepção puramente retributiva da pena”¹⁴⁶ e encontra-se diretamente ligado ao movimento de “lei e ordem”¹⁴⁷. Este, amplamente adotado nos EUA, propõe punições severas no combate à criminalidade, com supressão de direitos e garantias, aplicação de penas de morte e perpétuas, construção de penitenciárias de segurança máxima, imposição de severos regimes de cumprimento de pena, diminuição dos poderes do juiz da execução penal e atribuição destes à autoridade penitenciária¹⁴⁸. Para tanto, baseia-se não em fatos concretos e sim na virtual ameaça da sociedade pela criminalidade, sendo excessivamente intervencionista e preventivo.

Com a importação destes novos conceitos, a “ideologia da segurança urbana”¹⁴⁹ solidificou-se no Brasil através do Movimento de “Lei e Ordem” com a elaboração de pacote “emergencial” de combate ao crime – visando fins eleitorais – que culminou com a edição das Leis nº. 7.960/89 e 8.072/90, dentre outras da década de 90.

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 354.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁷ Sobre este tema: Cf. BOITEUX, Luciana. Quinze anos da Lei dos crimes hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, p. 107-133, 2006, p. 109-115.

¹⁴⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, *op. cit.*, p. 345.

A primeira veio para regulamentar a chamada prisão “para averiguações”, tornando possível a prisão do indiciado para garantir o bom andamento da investigação criminal ou no caso desde não ter residência fixa ou haver dúvida quanto à sua identificação, no caso de crimes considerados “particularmente graves”¹⁵⁰ pelo legislador¹⁵¹.

Desde a sua edição tal lei é criticada pois originou-se da MP nº 111/89, ou seja, o Executivo, por Medida Provisória, legislou sobre matéria de competência privativa da União (artigo 22, I/CRFB)¹⁵², que como tal deveria ser tratada pelo Congresso Nacional. Nesse caso, há flagrante inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa não sanado pela conversão em lei da medida¹⁵³.

Além disso, a lei também merece críticas por, em pleno Estado Democrático de Direito, permitir que se prenda primeiro para investigar depois, violando claramente o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, LVII). O correto seria, em havendo elementos de convicção suficientes, que se conclua o inquérito e, iniciada a ação penal pelo Ministério Público, se requeira, se for o caso, a prisão preventiva¹⁵⁴.

Já a Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, veio regulamentar a disposição contida no artigo 5º, XLIII da Constituição de 1988¹⁵⁵, arrolando os crimes tidos como mais graves. Para os condenados por esses delitos a lei vedou a progressão de regime¹⁵⁶ e aumentou o lapso temporal para a concessão do livramento condicional, objetivando sempre reforçar o

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.007.

¹⁵¹ Art. 1º. Caberá prisão temporária:

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (artigo 121, *caput* e seu §2º); b) seqüestro ou cárcere privado (artigo 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (artigo 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (artigo 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (artigo 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (artigo 213, *caput*, e sua combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (artigo 214, *caput*, e sua combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único); h) rapto violento (artigo 219 e sua combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (artigo 267§1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (artigo 270, *caput*, combinado com o artigo 285); k) quadrilha ou bando (artigo 288), todos do Código Penal; l) genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; m) tráfico de drogas (artigo 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976); n) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

¹⁵² Artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁵³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 640.

¹⁵⁴

RANGEL, Paulo. *Direito...*, *op. cit.*, p. 641.

¹⁵⁵ “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”

¹⁵⁶ Só em março deste ano, por meio da Lei nº. 11.464, foi que se alterou a redação do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90 – flagrantemente violadora do princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, LXVI) - positivando a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos, já admitida pelo Supremo no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959 em fevereiro de 2006.

controle social segregador sobre as classes mais baixas – clientela habitual das prisões brasileiras -, o que levou, na prática, a uma superlotação do sistema carcerário, potencializando seus tradicionais problemas de efetivação de garantias constitucionais e tornando ainda mais violento o sistema penal brasileiro.

Foram considerados hediondos os crimes de latrocínio (artigo 157§ 3º, *in fine*); extorsão qualificada (artigo 158§ 2º); extorsão mediante seqüestro e qualificada (artigo 159, *caput*); estupro (artigo 213, *caput*, e parágrafo único); atentado violento ao pudor (artigo 214); epidemia com morte (artigo 267§1º); envenenamento qualificado pela morte (artigo 270 combinado com o artigo 285), todos do Código Penal; além do genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/1956) e tráfico de drogas. Posteriormente, o rol foi alargado, sofrendo duas modificações: pela Lei nº 8.930/94 foi incluído o homicídio qualificado e pela Lei nº 9.695/98 foi incluída a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Essas duas alterações têm em comum o fato de serem fruto de momentos de comoção popular e amplamente divulgados pela mídia. A primeira foi feita após o assassinato da atriz global Daniela Perez e a segunda após o episódio de falsificação de um anticoncepcional que levou centenas de mulheres a engravidar após fazerem uso da “pílula de farinha”.

Percebe-se que é nesse momento que começa a se vender a idéia de que criminalidade se resolve por via legislativa¹⁵⁷, amplamente aceita e divulgada pela mídia, de que é por meio de uma maior intervenção do sistema penal - no sentido de uma criminalização desnecessária de novas condutas, de aumento desproporcional de penas e de desprezo pelas garantias constitucionais¹⁵⁸ - que se combate a violência, fato que se encontra enraizado em nossa sociedade até os dias atuais.

Porém, seguindo o entendimento de que a evolução do direito penal consiste na progressiva diminuição de sua intervenção, e que esta ocorre de maneira pendular e não uniforme, o período subsequente na escala evolutiva, na segunda metade da década de noventa, consiste na despenalização de algumas condutas, fundada na ideologia da mínima intervenção do direito penal, que pode ser desmembrada no binômio: direito penal como *ultima ratio* e pena de prisão como *extrema ratio*¹⁵⁹.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panótipo revertido...*, op. cit., p. 144.

¹⁵⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Regime disciplinar diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10 nº. 1.143, 18 de agosto de 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em 12 de maio de 2008.

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. Penas alternativas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 5, nº. 56, Julho, 1997.

Mas apesar da tendência inovadora deste período, com a edição de importantes leis como a Lei nº. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (cuja implementação possui lastro constitucional no artigo 98, I), a Lei nº. 9.714/98, que ficou conhecida como a “Lei das Penas Alternativas” e a Lei nº. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito federal, no início do século XXI reiniciou-se o movimento na orientação do recrudescimento das políticas criminais-repressivas, de modelos de total intolerância¹⁶⁰. Além do que, na realidade essas medidas ditas alternativas acabam não sendo aplicadas à parcela significativa dos apenados, ficando restrita àqueles que já não eram selecionados enquanto para os demais a prisão continua sendo o principal destino¹⁶¹.

Ao longo das últimas décadas do século XX e início do século XXI, as mudanças registradas a nível mundial apontam para um aumento dos desequilíbrios econômicos e sociais que levam ao aumento da marginalização, da desigualdade e da exclusão¹⁶².

E é esse contexto que reforça a legitimação do direito penal e favorece a desmedida expansão do poder punitivo estatal – não só no Brasil como no mundo - através da promessa de manutenção da ordem e sempre às custas do enfraquecimento das liberdades¹⁶³ e garantias.

Esse endurecimento legislativo se deu por meio da expansão da criminalização de condutas e ampliação do tempo das penas com enrijecimento na sua execução, somado ao enfraquecimento dos princípios de legalidade e tipicidade – por meio do recurso a regras sem conceitos precisos -, que leva a uma conseqüente reafirmação da excelência da pena de prisão.

Para exemplificar essa conjuntura, podemos citar ainda a Lei do crime organizado (Lei nº 9.034/95), da interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96) e da lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98), que representam exemplos mais recentes de recrudescimento da legislação penal brasileira.

O ponto principal que podemos notar é que todas essas leis partem de uma mesma premissa: a necessidade de uma maior intervenção do direito penal através do endurecimento das políticas criminais - como forma de redução da criminalidade e violência generalizadas - em resposta aos anseios populares por segurança, mesmo que com o sacrifício de direitos e garantias de uma parcela da coletividade.

Dessa forma, ao invés da criação de políticas criminais e sociais racionais, graduais e bem planejadas, voltadas para a reforma das instituições policiais e para a implementação de

¹⁶⁰ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 319.

¹⁶¹ BOITEUX, Luciana. Quinze anos..., *op. cit.*, p. 120.

¹⁶² KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=870>. Acesso em 12 de maio de 2008.

¹⁶³ Idem.

ações sociais preventivas¹⁶⁴, a solução dada pelo legislador é na forma da edição de leis penais e processuais penais recrudescedoras que afastam princípios garantidores. E, embora mantidas as estruturas formais do Estado Democrático de Direito, reforçam o Estado Policial¹⁶⁵ sobrevivente em seu interior¹⁶⁶, que acaba “convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social”¹⁶⁷, transformando-se em um direito penal do inimigo.

Nesse contexto, é pertinente a advertência de Nils Christie trazida por Maria Lúcia Karam no sentido de que o maior perigo da criminalidade nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo. O maior perigo da criminalidade, nos tempos atuais, é sim o de que o pretexto da repressão ao crime acabe por conduzir todas essas sociedades ao totalitarismo¹⁶⁸.

3.3 O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo

Conforme reiterado anteriormente, vivemos um momento em que o crescimento da positivação no que concerne às normas penais contrasta com o aumento da criminalidade, da população carcerária e da preocupação da sociedade brasileira com a violência. Também é fato que a solução dada pelo legislador brasileiro, de inflacionar o sistema punitivo cada vez mais não está solucionando esses problemas.

Nesse contexto, surge a tese do Direito Penal do Inimigo, que seria a “consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada”¹⁶⁹.

¹⁶⁴

SOARES, Luiz Eduardo. *O Dilema de Sísifo e a Segurança Pública: Hiper-Politização e o Conflito entre as Reformas e o Ciclo Eleitoral*. Disponível em <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/luizeduardo_hiperpolitizacao_e_o_conflito.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2008

¹⁶⁵ Sobre o tema Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro Slokar. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000. Nesta, os autores assinalam que, como demonstra a história, não existem Estados de direito reais (historicamente determinados) que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, aquelas manifestações do Estado policial sobreviventes em seu interior.

¹⁶⁶ KARAM, Maria Lúcia. *Expansão...*, *op. cit.*

¹⁶⁷ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 322.

¹⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. *Expansão...*, *op. cit.*

¹⁶⁹

O direito penal do inimigo tem o intuito de explicar o porquê dessa dissonância entre o aumento de políticas de contensão da criminalidade através das leis, a crescente prática de crimes e a conseqüentemente prisionização em massa, além da diminuição de direitos e garantias do cidadão, uma vez que esta tese entende legítimo “deixar de considerar o delinqüente como pessoa para tratá-lo como inimigo”¹⁷⁰.

Esta tese é desenvolvida pelo Professor Günther Jakobs e parte da premissa de que aquele que reiteradamente viola regras de condutas penalmente tuteladas está rescindindo o contrato social anteriormente firmado¹⁷¹, logo passando à condição de não-cidadão, perdendo todos os direitos e devendo ser tratado como inimigo¹⁷².

Vale salientar também que não só o direito penal do inimigo mas também todo o modelo funcionalista-sistêmico baseia-se na teoria da prevenção geral da pena, defendendo que esta tem a função de restaurar a validade da norma que fora abalada pela ocorrência do delito e assim, é restaurada a confiança da coletividade em torno do sistema de normas incriminadoras¹⁷³. Em outras palavras, a aplicação da reação penal, dessa forma, devolve a confiança da sociedade no próprio ordenamento – que se encontrava vulnerável após a violação sofrida pelo autor do delito – e viabiliza legislações penais menos garantistas já que se opta por esquecer a condição humana do autor do delito, isto é, a centralização do sistema passa do ser humano para a própria norma¹⁷⁴.

Apesar de não constituir um sistema penal uniforme e lógico, o direito penal do inimigo possui características próprias uma vez que se pode conceituá-lo com sendo “o conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento juridico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa”¹⁷⁵.

Dentre essas características encontram-se, por exemplo: o avanço da punibilidade para o âmbito da preparação¹⁷⁶; a punição do inimigo não pelo o que ele fez e sim pelo perigo que ele representa, pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade, ou seja, a pena se dirige

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 12, nº. 47, p. 31-45. mar./abr. 2004, p. 32.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 342.

¹⁷¹ MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 14, nº. 168. Novembro, 2006.

¹⁷² GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *Jakobs e o “Direito Penal” do Inimigo*. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 536.

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 302.

¹⁷⁴ BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar...*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁷⁵ GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *Jakobs...*, *op. cit.*, p. 538.

¹⁷⁶ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 343.

para fatos futuros e não para fatos já cometidos¹⁷⁷; endurecimento sem causa da execução penal¹⁷⁸; corte de direitos e garantias processuais e fundamentais, flexibilização do princípio da legalidade¹⁷⁹. Como se nota é o “tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de determinados autores de crimes”¹⁸⁰.

De acordo com Paulo Busato, no entender de Jakobs, a única forma de garantir a preservação do cidadão seria a eleição do grupo de inimigos ao qual se destinariam tais normas e que, como tal, deve ser eliminado¹⁸¹.

No Brasil, também encontramos claras manifestações do direito penal do inimigo. Conforme tratado no tópico anterior, nesse início de século vivemos um período de recrudescimento legislativo, como se por meio de um direito penal e processual penal mais rígidos, problemas na área de segurança pública fossem magicamente resolvidos. Esse processo, iniciado com a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), apresenta o regime disciplinar diferenciado como mais recente manifestação do direito penal do inimigo no Brasil.

Tal relação é inevitável posto que, a Lei nº 10.792/03 ao alterar a LEP e instituir o RDD, quebrou com o já frágil princípio da igualdade (meramente formal) em favor da imposição de uma reação penal diferenciada segundo o perfil de cada autor e não de acordo com o fato realizado¹⁸². Afinal, determinar no §2º do artigo 52 da LEP uma forma de execução diferenciada segundo as características do autor relaciona com “suspeitas” de sua participação em organizações criminosas, não pode ser denominado de outra forma. Trata-se de impingir tratamento desumano a determinado tipo de autor de delito, a partir de uma classificação do delinquente como não-cidadão.

Ademais, cumpre-nos destacar que a adoção pela lei de termos vagos como “fundadas suspeitas”, “subversão da ordem ou disciplina internas” e “alto risco para a ordem e a segurança” em contraponto à taxatividade penal, flexibiliza de tal forma o princípio da legalidade gerando tendências maximizadoras no que diz respeito ao arbítrio administrativo¹⁸³. Junte-se a isso a total ofensa ao princípio da vedação de penas cruéis ao determinar o isolamento do preso, em cela individual, por até 1/6 da pena com banho de sol de apenas duas horas.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *Jakobs...*, *op. cit.*, p. 537.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 345-346.

¹⁸² BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar...*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁸³

CARVALHO, Salo. Tântalo..., *op. cit.*, p. 104.

A reunião de tais mecanismos, tão próprios do direito penal do inimigo, reforçam a ideologia defensivista apresentada no capítulo inicial e possibilitam a inocuização dos socialmente indesejáveis, dos inimigos, abandonando de vez a ilusão do fim ressocializador da pena¹⁸⁴.

Feita esta análise, passemos ao estudo do desenvolvimento do regime disciplinar diferenciado no Brasil.

3.4 O Desenvolvimento do RDD no Brasil

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado inicialmente no Estado de São Paulo por meio da Resolução SAP – 26, de 04 de maio de 2001. Sua criação constituiu uma resposta do Poder Público à série de incidentes carcerários ocorridos naquele Estado, batizada de “*megarrebelião*”, por envolver 29 unidades prisionais e mais de 28 mil presos¹⁸⁵. A “*megarrebelião*” marcou também a cristalização da influência da facção criminosa PCC já que seu principal objetivo era o retorno para a Casa de Detenção de líderes do grupo que cumpriam pena no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, sob normas altamente rigorosas.

Diante da magnitude do movimento amplamente divulgado pela mídia e a conseqüente onda de insegurança, foi editada a Resolução SAP - 26. Apesar de absolutamente ilegal, visto que a Lei de Execuções Penais delega aos Estados atribuição de regular apenas sanções e procedimentos de apuração de faltas médias e leves, a Resolução SAP – 26 dispunha que: o RDD seria aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como à presos cujo comportamento exija tratamento específico, nas unidades do Anexo de Taubaté, Penitenciárias I de Avaré, I e II de Presidente Wenceslau e de Iaras (artigo 1º), com o tempo máximo de 180 dias na primeira incursão e de 360 nas demais (artigo 4 º); seu procedimento seria basicamente administrativo – solicitação do diretor técnico do presídio perante o coordenador regional das unidades prisionais, que, em caso de concordância, encaminharia o pedido para o Secretário Adjunto de Administração Penitenciária, que daria a decisão final (artigo 2º).

O exemplo paulista também foi seguido no Rio de Janeiro, que implementou o RDES (Regime Disciplinar Especial de Segurança) em dezembro de 2002, após a rebelião

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 150.

comandada pelo traficante Luís Fernando da Costa, vulgo Fernandinho Beira-Mar em Bangu I, que ocasionou quatro mortes e em julho de 2003, expandindo a medida para outras unidades.

Note-se que a inclusão do preso em RDD a critérios exclusivamente administrativos aliado à utilização de termos exclusivamente vagos como “presos cujos comportamento exija tratamento específico” abre espaço para todo tipo de arbítrio por parte da autoridade penitenciária.

No âmbito federal, o governo tentou “legalizar” o RDD através da Medida Provisória 28 de 04/02/2002, já sepultada, sendo ela própria inconstitucional já que partindo da natureza mista da norma (fachada de processo penal com forte caráter de ato penal), entende-se que por interferir na liberdade do cidadão, não pode ser matéria tratada em Medida Provisória. Porém, desde 2001, vinha tramitando no Congresso o Projeto Lei 5073 que, alterado, deu origem à Lei 10792/03, com as características já expostas.

No próximo item, veremos os fatores e antecedentes, que somados, determinaram a implementação do RDD no Brasil.

3.5 Antecedentes e Fatores que Influenciaram a Implementação do RDD

Vários fatores podem ser entendidos como determinantes à adoção do regime disciplinar diferenciado pelo sistema penal brasileiro. Estes devem ser entendidos a partir da premissa de que o recrudescimento legal e disciplinar no interior das penitenciárias possui, além do viés de punir, neutralizar e incapacitar o indivíduo preso¹⁸⁶ - exercendo o controle de uma população notadamente excedente e indesejável -, também o anseio de demonstrar à população que algo vem sendo feito para coibir a marginalidade e violência crescentes¹⁸⁷.

Dentro dessa perspectiva, o legislador age como se o direito penal fosse um – e único – instrumento hábil a coibir e resolver o problema da violência¹⁸⁸, por meio de medidas de emergência e de uma “legislação penal do pânico”¹⁸⁹, de modo que parece esquecer que trata-se de uma questão eminentemente social com raízes infinitas vezes mais profundas, lastreada em décadas de omissão estatal.

¹⁸⁶

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 135.

¹⁸⁷ Idem, p. 135.

¹⁸⁸ EDITORIAL. Ledo engano. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 134, Janeiro. 2004.

¹⁸⁹ Idem.

Assim, seguindo a lógica proposta por Christiane Russomano Freire, três foram os fatores essenciais à implantação do regime disciplinar diferenciado, sendo que os dois primeiros são de caráter genérico e o terceiro é de caráter específico.

O primeiro diz respeito à tendência mundial de expansão do poder punitivo já comentado anteriormente quando tratamos da ideologia da nova defesa social e do movimento de “lei e ordem”. Esta expansão pode ser notada a partir da contínua opção legislativa pela incriminação de condutas (sobretudo apenando-as com prisão), pela ampliação do lapso temporal das penas e pelo recrudescimento das formas de execução penal, dentre outros.

E neste contexto a prisão ganha cada vez mais força, uma vez que seguindo o ideal já compreendido pelos clássicos e cada vez mais difundido em nossa sociedade de valorização da noção de liberdade, a privação desta surge como a melhor forma de castigar aqueles que praticam condutas contrárias à ordem vigente, mantendo-os à margem, excluindo-os como sujeitos indesejáveis que são¹⁹⁰.

O RDD surge então como potencializador desse mecanismo de exclusão visto que através do isolamento celular por longo período cerceia-se a última e ínfima parcela de liberdade mantida pelo apenado. Assim, “a solidão passa a ser condição primeira da submissão total”¹⁹¹.

O segundo fator está relacionado à deterioração das perspectivas ressocializadoras e recuperadoras, utilizadas há anos para encobrir a real função da máquina penitenciária, qual seja a de exclusão e inocuização do criminoso. Logo, a crise deste romântico modelo correcionalista – haja vista a inexistência de políticas públicas próprias que efetivassem o objetivo ressocializador da LEP - acaba por levar-nos na direção de um “Estado penitência”, no qual impera o Estado penal máximo, que seria a saída para os marginalizados pelo incremento da máquina punitiva, sobretudo a carcerária¹⁹².

Essa modificação de paradigma nos leva a entender a pena sob uma “função de neutralização dos inconvenientes, operando, sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social”¹⁹³. Dessa forma, pode-se compreender que os discursos penais se curvam ante a função deteriorante e eliminadora da pena onde o isolamento absoluto emerge como meio hábil à inabilitação¹⁹⁴, que funciona de forma a “prevenir” novos crimes posto que o delinqüente encontra-se totalmente segregado.

¹⁹⁰ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 137.

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, op. cit., p. 200.

¹⁹²

CARVALHO, Salo de. *Pena...*, op. cit., p. 216.

¹⁹³ Idem. p. 217.

¹⁹⁴ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 139.

Nesta esteira, o RDD surge como o representante máximo do propósito inabilitador da pena, pois efetiva o isolamento celular do indivíduo, funcionando como uma verdadeira “morte em vida”¹⁹⁵. Por meio do RDD almeja-se desestruturar física e psiquicamente o delinquente de forma a torná-lo vulnerável perante o sistema¹⁹⁶, compensando a incapacidade estatal em gerir não só o sistema penitenciário mas também a segurança pública e a área social como um todo.

Somado aos fatores genéricos arrolados acima está a situação calamitosa na qual se encontra o sistema prisional brasileiro. Aos já tradicionais problemas estruturais brasileiros como a precária condição física dos cárceres, superlotação, deficiência dos programas de reinserção do preso e corrupção entre agentes penitenciários - aliado ao forte corporativismo – acrescentam-se novos e graves desafios como o incremento das organizações criminosas, eclosão freqüente de rebeliões e elevado número de mortes entre presos¹⁹⁷.

Nesse contexto e diante do enorme desafio de submeter a instituição prisional à reformas de cunho democrático¹⁹⁸ - desafio esse não enfrentado pelas autoridades em razão da forte carga de desgaste que o acompanha -, o endurecimento da fase executória emerge como remédio milagroso e simplista pois ao mesmo tempo em que representa uma resposta estatal aos anseios populares por segurança, remove o foco dos mencionados problemas estruturais e inabilita o delinquente, retirando-o de circulação pelo maior tempo possível¹⁹⁹.

Essa crença de que maior rigor e severidade legal são as respostas eficazes para o problema da criminalidade e da insegurança generalizada é, além de equivocada, por si só paradoxal uma vez que é patente que a violência reproduz-se em espiral²⁰⁰, levando ao incremento da própria violência²⁰¹.

Assim, com o intuito de segregação e eliminação, permeado pela violência que lhe é inerente, o Estado sob a escusa de proteção da sociedade elege um inimigo²⁰² que personifica

¹⁹⁵ RIZZO, Beatriz; BARROS, Carmen Silvia de Moraes; TOMAZ, Inês. Bentham e o Eldorado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 123, Fevereiro. 2003.

¹⁹⁶ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 155.

¹⁹⁷ SALLA, Fernando. *Os impasses da democracia brasileira – O balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil*. Disponível em <<http://www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2008.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 140-141.

²⁰⁰ SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 11, nº. 126. Maio, 2003.

²⁰¹ Um exemplo dessa constatação é o próprio surgimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), uma das principais organizações criminosas paulistas, que se deu no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté, presídio de máxima segurança que conta com isolamento celular. Cf. FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 143.

²⁰² FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do...*, op. cit., p. 142.

aquele ser inferior e indesejável ao sistema, logo taxado como perigoso sobre o qual irá recair todo tipo de controle e repressão estatais.

Nesse sentido, o regime disciplinar diferenciado acaba por legitimar uma dicotomia entre os cidadãos, portadores de direitos e garantias constitucionais, e os “inimigos”, que são aqueles para os quais o Estado vira seus mecanismos de controle e eliminação²⁰³, e que tem sua condição humana, enquanto signatário de direitos, completamente desprezada²⁰⁴.

3.6 A (In)constitucionalidade do RDD

Inicialmente, cumpre-nos explicitar que dentro de um Estado democrático de Direito a Constituição tem o fundamental papel de servir de fator limitador ao Poder do Estado. Pelo princípio da supremacia da Constituição, esta possui posição hierárquica elevada dentro do ordenamento jurídico, de onde depreendemos que é nela que todas as demais normas devem buscar seu fundamento de validade. Nenhuma lei ou ato normativo pode subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição²⁰⁵.

Porém, a análise das leis à luz da Carta Magna não se exaure somente no cumprimento do requisito de forma. As leis também não podem ser materialmente incompatíveis com a Constituição, daí a se falar em inconstitucionalidade formal e material.

Partindo para o exame da Lei nº. 10.792/03, mais especificadamente do regime disciplinar diferenciado, notamos que do ponto de vista formal o instituto não padece de qualquer vício uma vez que a lei supra foi editada seguindo todos os requisitos do regular processo legislativo pelo meio jurídico mais adequado – lei federal ordinária²⁰⁶ -, contando, inclusive, com amplo debate parlamentar de diversos setores da sociedade civil²⁰⁷. Já no tocante ao conteúdo, o instituto merece observação mais pormenorizada.

A Constituição da República traz, em seu artigo 5º, os padrões mínimos fora dos quais a privação de liberdade deve ser tida como ilegal. Porém, atualmente entende-se que existem

²⁰³ Idem, p. 160.

²⁰⁴ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo..., *op. cit.*, p. 348.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

²⁰⁶ GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, o Judiciário e a caixa de Pandora*. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2008.

²⁰⁷ CNPCP. *Parecer sobre o RDD*. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

direitos que, apesar de não estarem positivados constitucionalmente, são considerados como tal por sua natureza fundamental visto que garantem a dignidade da pessoa humana. Assim, pode-se falar em direitos materialmente constitucionais ou em constituição material.

Daí decorre que os tratados internacionais que concederem direitos fundamentais ratificados pelo Brasil apesar de não integrarem formalmente a Constituição, materialmente devem ser tratados de forma equivalente às normas constitucionais, na forma do artigo 5º, §2 da CRFB:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime ou princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por isso, nossa análise do regime disciplinar diferenciado será feito não só frente à Constituição da República mas à luz de tratados internacionais de direitos humanos como a Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Observar-se-ão também as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas que, embora não constituam um tratado internacional no sentido estrito são um verdadeiro guia para disciplinar as atividades ligadas à execução penal²⁰⁸.

Somado a isso, o que não podemos de forma alguma perder de vista no decorrer do estudo, não só do regime disciplinar diferenciado, mas da execução penal como um todo, é que o condenado continua sendo portador de direitos fundamentais, apesar de encarcerado. Independentemente do cerceamento do preso à liberdade, toda e qualquer limitação de seus direitos – inclusive das “sobras” de liberdade, visto que a supressão não é absoluta – deve encontrar pressuposto constitucional e só pode ser autorizada em casos excepcionais²⁰⁹.

Isto posto, a primeira consideração a ser feita é no tocante à compatibilidade do regime disciplinar diferenciado com o princípio da taxatividade, importante corolário do princípio da legalidade, artigo 5º, XXXIX/CRFB, que aduz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Por este princípio, a lei deve ser construída de forma suficientemente clara e precisa, com tipos penais e sanções bem delineadas²¹⁰. O que notamos na Lei nº. 10.792/03 é

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº. 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal*. BDJur, Brasília, DF. 12 de março de 2008. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16652>>. Acesso em 09 de abril de 2008.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 135.

totalmente o oposto: a utilização de cláusulas excessivamente amplas e que não definem com precisão os contornos da conduta proibida²¹¹, gerando múltiplas interpretações como “subversão da ordem ou disciplina internas”, “alto risco para a ordem ou segurança do estabelecimento penal e da sociedade”, “fundadas suspeitas”.

Além disso, no que diz respeito às “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”, por serem tais condutas, por si mesmas, tipificadas como crime, o caso não seria de aplicar qualquer sanção disciplinar, sob pena de incorrer em flagrante *bis in idem*, e sim de noticiar à autoridade policial²¹², para que seja aberta investigação para apurar tal fato, respeitando-se a presunção de inocência.

A nefasta consequência desta maliciosa falta de técnica legislativa é o gritante favorecimento ao arbítrio administrativo, pois uma lei imprecisa ofende a função garantista do princípio da taxatividade ao passo que perde o condão de auto-limitar o poder punitivo e de garantir um tratamento igualitário²¹³. Essa imensa liberdade interpretativa acaba por reforçar a teoria defensivista, autorizando a eliminação do “socialmente indesejável”²¹⁴.

Nesta esteira, é importante comentar também o fato de um juízo de “mera suspeita” de envolvimento em organizações criminosas, sem que haja qualquer certeza a respeito de tal participação, vir a ensejar o recolhimento do apenado a regime disciplinar diferenciado, viola frontalmente o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII/CRFB), segundo o qual é necessário que o Estado comprove a culpabilidade do indivíduo, sob pena de retorno ao arbítrio estatal²¹⁵: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esta constatação se torna ainda mais perigosa ao lembrarmos que também estão sujeitos ao regime disciplinar diferenciado os presos provisórios, ou seja, aqueles ainda não definitivamente condenados, que em alguns casos sequer tem pena aplicada pra margear o prazo máximo para manutenção em RDD.

Ressalte-se que a punição pelo “risco” que uma pessoa apresenta, sem qualquer ato concreto, nos remete a punição por um juízo de periculosidade, abandonado a idéia de culpabilidade, e nos conduzindo a um direito penal de autor²¹⁶. Devemos lembrar que todas essas circunstâncias que rodeiam o criminoso - e também o delito – são considerados para fins

²¹¹ ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 12, nº. 141, Agosto, 2004.

²¹² CNPCP. *Parecer sobre o RDD*. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

²¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 135.

²¹⁴ CARVALHO, Salo. *Tântalo...*, *op. cit.*, p.104.

²¹⁵

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

de dosimetria da pena e utilizá-los, novamente, para impingir um tratamento mais gravoso incorreria em flagrante *bis in idem*²¹⁷.

Não obstante, a Lei nº. 10.792/03 também acaba por ofender a Constituição no tocante à individualização das penas - artigo 5º, XLVI/CRFB, *in verbis*: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes”.

Primeiramente, deve-se perceber que o princípio da individualização da pena não se exaure com a aplicação em concreto da mesma; pelo contrário, se desenvolve durante toda a execução da pena. Desse modo, por não visualizarmos a existência de qualquer fim ressocializador no regime disciplinar diferenciado que se coadune com os objetivos expressos da Lei de Execuções Penais²¹⁸ entendemos que a pena não se encontra devidamente individualizada.

Porém, o que nos parece ainda mais lamentável no regime disciplinar diferenciado é sua repercussão na saúde física e mental do preso. Sabe-se que a pena não deve, em hipótese alguma, ter intenção de fazer sofrer o condenado nem pode desconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana²¹⁹. Afinal, essa atividade do Estado deve convergir para o bem comum e não pode se configurar mera vingança privada pelo ente público²²⁰, isto é, o período que o sentenciado passa afastado da sociedade deve servir para prepará-lo, para que possa reincorporar-se de forma harmônica ao convívio social não possuindo função meramente retributiva. Assim, o que se espera da pena é que ela seja justa, “proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social”²²¹, de modo que só assim pode-se entender observado o princípio da humanidade das penas.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, XLIX, deixa bem clara a preocupação do legislador com a saúde dos apenados ao dispor que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Tal disposição é de tal importância que é reiterada em várias legislações penais internacionais aplicáveis à prisão tais quais o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²²² e a Convenção Americana de Direitos Humanos²²³, por exemplo.

²¹⁶ REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 14, nº. 168. Novembro, 2006.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Artigo 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado** e do internado. – grifo nosso.

²¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 99.

²²⁰ CNPCP. *Parecer sobre o RDD*. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

²²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 522.

²²² Artigo 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

²²³ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

Em consonância com essa perspectiva, a própria Lei de Execuções Penais preceitua, logo em seu artigo 1º que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Dessa forma, é lógica a relação entre a preservação da dignidade do preso e a função ressocializadora da pena, de onde se depreende que a utilização de penas cruéis, desumanas ou degradantes violariam não só os direitos individuais do preso mas também o direito da sociedade de ver a atividade pública efetivada²²⁴. Por isso, com todas as letras, a Constituição de 1988 veda a tortura, o tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III)²²⁵ e as penas cruéis (artigo 5º, XLVII, e)²²⁶.

O regime disciplinar diferenciado ao determinar o isolamento celular por 360 dias, por 22 (vinte e duas) horas diárias, com possibilidade de repetição até o limite de 1/6 da pena aplicada não pode receber outro nome senão o de pena cruel.

De acordo com Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, as penas de isolamento não devem ser aplicadas salvo sob supervisão médica e certificação de que o preso está apto a suportar a mesma (artigo 31 e 32²²⁷). Apesar de não proibir expressamente o emprego do isolamento, nota-se que sua utilização deve ser excepcional e aliada a rigoroso acompanhamento médico para que seja sempre aferida as condições de sanidade do preso, fato esse não previsto na Lei nº 10.792/03.

Assim, presume-se que, ausente o acompanhamento médico, a aplicação do isolamento resulta em tratamento cruel e desumano reputado à pessoa encarcerada visto que viola as disposições das Regras Mínimas.

Além disso, a duração excessiva da segregação do prisioneiro “é um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade humana²²⁸”, uma opção punitiva bárbara e um autêntico retorno

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. (...)

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a readaptação social dos condenados.

²²⁴ CNPCP. *Parecer sobre o RDD*. Disponível na internet: www.mj.gov.br

²²⁵ III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

²²⁶ XLVII - não haverá penas:

e) cruéis.

²²⁷

Artigo 31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Artigo 32 – 1. As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito, que ele está apto para as suportar.

2. O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.

²²⁸ MOVIMENTO ANTITERROR. *Carta de Princípios*. Disponível em: <<http://www.movimentoantiterror.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2008.

aos suplícios medievais, cerceando, no último limite, as “sobras” de liberdade de que ele ainda dispõe.

A manutenção de um indivíduo isolado por tanto tempo promove sua destruição emocional, física e psicológica podendo o preso apresentar “depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves”²²⁹, causando ainda deterioração de suas faculdades mentais.

Fica evidente que o regime disciplinar diferenciado se encontra em total desacordo com as legislações penais internacionais, com a Carta Magna e com a função primordial da Lei de Execuções Penais. Ao afastar-se do objetivo ressocializador previsto na LEP, instituindo nada mais nada menos do que uma lenta morte solitária ao condenado, o regime disciplinar diferenciado ofende frontalmente o princípio da humanidade das penas, “consagrando em lei o suplício gótico vivido pelos condenados nos presídios brasileiros”²³⁰.

O isolamento prolongado resulta em um cumprimento da pena voltado apenas ao castigo, sem qualquer compromisso com a reintegração social do apenado e sem qualquer contribuição para o retorno do sentenciado ao meio social, configurando-se somente exercício da vingança estatal absolutamente cruel e desumana. Logo, nota-se que o regime disciplinar diferenciado, reforça a lógica já discutida anteriormente de que a única preocupação é com a exclusão e marginalização dos indesejáveis selecionados pelo sistema penal.

No afã de resolver o problema do crescimento da criminalidade, o legislador acaba respondendo à violência com mais violência, através de discursos emergenciais recrudescedores. Dessa forma, perpetua-se uma política criminal equivocada, supressora de direitos e garantias, total e completamente desapegada a princípios constitucionais.

O regime disciplinar diferenciado é um exemplo claro dessa opção legislativa: ao invés de cumprir-se a Lei de Execuções Penais e efetivar a separação dos presos segundo a gravidade dos crimes cometidos, optou-se por modificá-la, endurecê-la de modo a permitir a separação daqueles tidos como “inimigos” através de uma lei incompatível com a ordem constitucional e os princípios do Estado Democrático de Direito.

²²⁹ KUEHNE, Mauricio. *Alterações à lei de execuções penais* (primeiras impressões). Disponível em: <<http://www.internext.com.br/valois/vec/art015.htm>>. Acesso em 14 de maio de 2008.

²³⁰ CARVALHO, Salo. *Tântalo...*, *op. cit.*, p.101.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que passamos por um período delicado no que diz respeito à segurança pública. Os assustadores níveis de criminalidade e a fragilidade do Poder Público demonstrada em sua incapacidade de gerir a crise existente no sistema penitenciário levam a sociedade civil a clamar por respostas, por políticas públicas capazes de modificar o quadro de insegurança.

Porém, a resposta estatal vem na forma de medidas de emergência consistentes na expansão do poder punitivo com crescente criminalização de condutas, enfraquecimento dos direitos e garantias fundamentais e afastamento dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, ou seja, no fortalecimento do Estado Penal. Iniciada no fim da década de 80, essa recrudescedora política criminal chega ao ápice com a instituição do regime disciplinar diferenciado.

Após toda a análise da evolução da pena de prisão, fica claro que o regime disciplinar diferenciado configura um flagrante retrocesso, pois não foca na resolução dos conflitos sociais, mas apenas no controle penal o que acaba por alimentar a espiral da violência.

Isto porque, a um só tempo, o regime disciplinar diferenciado representa: a volta a um período anterior à instituição da própria prisão, onde a lógica da pena era ser cruel, irracional e desumana, resultado da demonstração do poder de vingança do Estado-Soberano; o retorno à utilização de conceitos positivistas de periculosidade como forma de justificar um Estado preventivista que pune não o agente pelos seus atos, mas pelo que ele é; a exacerbação de um ideal defensivista e controlador justificado nas noções de disciplina e segurança.

O regime disciplinar diferenciado rompe com o modelo ressocializador instituído pela Lei de Execuções Penais posto que aplica a segregação individual prolongada ao apenado, não mais com o objetivo declarado sua readaptação ao meio social, servindo tão somente à neutralização e eliminação de determinados indivíduos.

Fica claro que de “disciplinar”, o RDD só tem o nome: na prática ele funciona como catalisador de uma política que visa notadamente excluir um determinado grupo de pessoas consideradas “perigosas” e como tal, socialmente indesejáveis.

Tem-se, assim, que o regime disciplinar diferenciado é uma clara manifestação do direito penal do inimigo posto que implica em diminuição dos direitos e garantias constitucionais, flexibilização do princípio da legalidade, avanço da punibilidade para o âmbito da preparação, a punição do indivíduo pela sua “periculosidade” e não pela sua culpabilidade.

Dessa forma, é patente a inconstitucionalidade de tal instituto: o regime disciplinar diferenciado viola frontalmente a Constituição da República Federativa do Brasil em especial no que diz respeito à taxatividade penal (artigo 5º, XXXIX), individualização da pena (artigo 5º, XLVI), presunção de inocência (artigo 5º, LVII) vedação de tortura, tratamento degradante ou desumano (artigo 5º, III) e penas cruéis (artigo 5º, XLVII, e).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOITEUX, Luciana. Quinze anos da Lei dos crimes hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, p. 107-133, 2006.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, nº. 57, p. 315-371, nov./dez. 2005.

_____. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALHAU, Lélío Braga. *Cesare Lombroso: Criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em 13 de abril de 2008.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº. 50, p. 91-118. set./out. 2004.

CARVALHO, Salo, FREIRE, Christiane Russomano. *O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à Reforma de Sistema Punitivo Brasileiro*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de, WUNDERLICH, Alexandre. O Suplício de Tântalo: A Lei nº. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, nº. 134, Janeiro. 2004.

CHRISTINO, Márcio Sérgio. *Sistema Penitenciário e o RDD*. Disponível em <www.memorycmj.com.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

CNPPC. *Parecer sobre o RDD*. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *RDD: regime penitenciário ou sanção disciplinar?* Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 14, nº. 163. Junho, 2006.

EDITORIAL. A Execução Penal e a ideologia da disciplina. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 11, nº123, Fevereiro, 2003.

EDITORIAL. Ledo engano. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 134, Janeiro. 2004.

EDITORIAL. O RDD é caso de polícia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 11, n.126, Maio, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. Meia Ilegalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 123, Fevereiro. 2003.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 173p. (Monografias, 35).

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Penas alternativas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 5, nº. 56, Julho, 1997.

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *Jakobs e o “Direito Penal” do Inimigo*. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, o Judiciário e a caixa de Pandora*. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2008.

ISA, Carlos Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado: o custo ultrapassa o benefício. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 12, nº. 141, Agosto, 2004.

JESUS, Damásio E. de. Instituição dos Juizados Especiais Criminais no Brasil e sua influência na aplicação das penas alternativas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 4, nº. 45, Agosto, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=870>. Acesso em 12 de maio de 2008.

KUEHNE, Mauricio. *Alterações à lei de execuções penais (primeiras impressões)*. Disponível em: < <http://www.internext.com.br/valois/vec/art015.htm>>. Acesso em 14 de maio de 2008.

LINS E SILVA, Evandro. *De Beccaria a Filippo Gramática*. Disponível em: < <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos homenagem/arquivo6.pdf> >. Acesso em 08 de abril de 2008.

MOVIMENTO ANTITERROR. *Carta de Princípios*. Disponível em: <<http://www.movimentoantiterror.com.br>>. Acesso em 11 de novembro de 2008.

MENEZES, Bruno Seligman de. Regime disciplinar diferenciado: o direito penal do inimigo brasileiro. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 14, nº. 168. Novembro, 2006.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução Criminal: Teoria e Prática: doutrina, jurisprudência e modelos*. 4ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MILLER, Fernando Faria. *Fatores Endógenos da Criminalidade*. Disponível em: <http://www.milleradvocacia.com.br/artigos/art_005.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Este monstro chamado RDD*. Disponível em <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 12 de maio de 2008.

_____. *Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): inconstitucionalidade. Jurisprudência comentada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº. 1.143, 18 de agosto de 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8817>>. Acesso em 12 de maio de 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº. 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal*. BDJur, Brasília, DF. 12 de março de 2008. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16652>>. Acesso em 09 de abril de 2008.

MOVIMENTO Antiterror. *Carta de Princípios*. Disponível em <<http://www.movimentoantiterror.com.br>>. Acesso em 20 de maio de 2008.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. O retorno dos conceitos de periculosidade, e de inocuidade, como defesa da sociedade globalizada. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 13, nº. 161. Abril, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº. 47, p. 31-45. mar./abr. 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REGHELIN, Elisangela Melo. Regime disciplinar diferenciado: do canto da sereia ao pesadelo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 14, nº. 168. Novembro, 2006.

RIZZO, Beatriz; BARROS, Carmen Silvia de Moraes; TOMAZ, Inês. Bentham e o Eldorado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 123, Fevereiro. 2003.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panóptico revertido: A História da Prisão e a Visão do Preso no Brasil*. 2000. 213 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

SALLA, Fernando. *Os impasses da democracia brasileira – O balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil*. Disponível em <<http://www.lusotopie.sciencespobordeaux.fr/salla2003.pdf>>. Acesso em 09 de maio de 2008.

SANTOS, Rogério Dutra dos. Criminologia Crítica e Violência: o Sistema Penal como Ultima Ratio. *Boletim CEDES*, Rio de Janeiro, Março de 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 11, nº. 126. Maio, 2003.

SOARES, Luiz Eduardo. *O Dilema de Sísifo e a Segurança Pública: Hiper-Politização e o Conflito entre as Reformas e o Ciclo Eleitoral*. Disponível em <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/luizeduardo_hiperpolitizacao_e_o_conflito.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2008.

TEIXEIRA, Alessandra, MARTINS, Sérgio Mazina. A superação do homem disciplinar. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 12, nº. 140, Junho, 2004.

WEIS, Carlos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária entende inconstitucional o regime disciplinar diferenciado. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 13, nº. 155. Outubro, 2005.

WEIS, Carlos. O RDD e a Lei. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano nº. 11, nº. 123, Fevereiro. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.